Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320 ff.) bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Joachim Haake
Referendar
aus Kassel

Berichterstatter:
Professor Dr. Rudolf Schmidt

Hirschberg i. Rsgb.
Buchdruckerei G. Tschacher
1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt:

Begriff, Wesen und Bedeutung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft 11

II. Abschnitt:

Die rechtliche Natur der Gesellschaft des BGB. Der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag? 14

III. Abschnitt:

Die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320 ff. BGB.) bei der Gesellschaft des BGB. 31

1. Kapitel.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages 33

2. Kapitel.

Die Zulässigkeit der Einrede gegenüber der Beitragsklage des einzelnen Gesellschafters 35

I. bei einer Gesellschaft, die nur zwei Personen umfaßt, . 36

II. bei einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht, ... 41

1) wenn der klagende Gesellschafter selbst noch säumig ist, 42

2) wenn der Kläger bereits erfüllt hat 43

3. Kapitel.

Die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Beitragsklage der Gesellschaft 58

4. Kapitel.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages bei den im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses entstehenden Nebenpflichten der Gesellschafter und ihre Zulässigkeit gegenüber der Gewinnforderung und der Verlusttragungspflicht 66

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0081

Schrifttum.

Affolter: Zur Lehre von der Gesellschaft im Arch. Bürgerl. R. 35 S. 225 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Band 1901.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Band Auflage 7 und 8.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 2. Band. Die Schuldverhältnisse. 1901.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. 8. Auflage 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band, 2. Abteilung. Recht der Schuldverhältnisse. 11. Bearbeitung 1930.

Eschelbacher: Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Diss. Rostock 1902.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht. 3. Auflage 1929.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. 3. Band, Schuldrecht. 1917.

Haas, Otto: Die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters, insbesondere seine Rechte und Pflichten gegenüber den anderen Gesellschaftern. Diss. Tübingen 1908.

Haase, Johannes: Inwieweit finden die Vorschriften über die synallagmatischen (gegenseitigen) Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung? Diss. Berlin 1904.

Knoke: Recht der Gesellschaft. 1901.

Kuntze: Der Gesamtakt, in Leipziger Festgabe für Müller. 1892.

Lindemann: Nichtrechtsfähige Vereine.

Meyer, Kurt: Geltung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag im Gesellschaftsrecht.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Band. 1888.

Nicolai: Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach dem BGB. Diss. Leipzig 1902.

Oebike: Greift die Einrede des nichterfüllten Vertrages Platz bei den Verpflichtungen der Gesellschafter gegeneinander nach gemeinem Recht und BGB.? Diss. Erlangen 1903.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Abteilung. 5. Auflage 1928/1929.

Parisius-Crüger: Kommentar zum Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 20. Auflage 1930.

Philipp: Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. Diss. Erlangen 1903.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Band. 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). 4. Auflage 1928.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Band.

Reichsgerichtsrätekommentar. 6. Auflage. 1928.

Riccius: Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über gegenseitige Verträge auf die Gesellschaft nach BGB. Diss. Rostock 1902.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. 1900.

Siber, Heinrich: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts. Schuldrecht. 1931.

Sohm: Der Gegenstand. 1905.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Band. 12. und 13. Auflage 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 9. Auflage 1929.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. 1900.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage 1930.

Warneyer-Koppe: Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1924.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band. 9. Auflage 1906.

Entscheidungen

des Reichsgerichts in Zivilsachen:

RGZ. 26/257 54/307 58/56 70/32
76/276 78/303 82/290 83/373
100/3 114/393,

bei Warneyer:
1913 Nr. 51,

des Kammergerichts:
KGJ. 40/67.

Abkürzungen.

ALR.	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.
Arch. Bürgerl. R.	= Archiv für bürgerliches Recht.
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch.
Diss.	= Dissertation.
HGB.	= Handelsgesetzbuch.
Gen. Ges.	= Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
GmbH. Ges.	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
KGJ.	= Johow-Ring: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
RGRK.	= Reichsgerichtsrätekommentar.
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
S.	= Seite.
Vergl.	= vergleiche.
Warn.	= Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ZPO.	= Zivilprozeßordnung.

I. Abschnitt:

Begriff, Wesen und Bedeutung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft.

Die Gesellschaft des BGB. ist ihrem Wesen nach eine privatrechtliche Personengemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Ihr Zweck ist die Erreichung eines allen Mitgliedern gemeinschaftlichen Zieles durch das gemeinsame Zusammenwirken aller. Dieses Ziel kann wissenschaftlicher oder auch künstlerischer Natur sein, wird aber in der Regel in einem wirtschaftlichen Erfolg bestehen, sodaß die Bedeutung der zu Erwerbszwecken eingegangenen Gesellschaften überwiegt. Um das angestrebte Ziel zu erreichen, haben die Gesellschafter, und zwar jeder, irgendwelche vermögensrechtliche Leistungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes zu bewirken. Die Leistungen werden jedoch nicht ausgetauscht, sondern gelangen in eine gemeinsame Kasse, die Gesellschaftskasse. Auf diese Weise entsteht eine Vermögensmasse, die ausschließlich dem Gesellschaftszweck gewidmet ist. Ein solches Vermögen ist zwar für das Bestehen einer Gesellschaft nicht erforderlich, es wird aber regelmäßig vorhanden sein.

Da nun aber die Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, kann sie selbst kein Vermögen haben. Träger des sogenannten Gesellschaftsvermögens sind deshalb nicht die Gesellschaft als solche, sondern die Gesellschafter. Der Ausdruck „Gesellschaftsvermögen" ist irreführend, richtiger wäre wohl „Gesellschaftervermögen". Trotzdem ist dieses Vermögen kein Bestandteil des Privatvermögens der einzelnen Genossen. Es ist nicht etwa wie die arca communis der societas des römischen Rechts nur tatsächlich vorhanden, sondern ist auch rechtlich ein von dem Privatvermögen der Einzelnen losgelöstes Sondervermögen und steht der Gesamtheit aller Gesellschafter dergestalt zu, daß der einzelne weder über das gesamte Vermögen noch über die dazugehörigen Stücke noch über seinen Anteil verfügen kann. Der einzelne Genosse hat an den Bestandteilen weder Eigentum nach festen Bruchteilen, noch kann er Teilung verlangen (§ 719 BGB.).

Die Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen kann ferner nur auf Grund eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Titels betrieben werden. Durch diese Regelung hat sich das BGB. von der restlos auf individualistischer Grundlage aufgebauten societas des römischen Rechts losgelöst und hat die Gesellschaft dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand unterstellt [1]). Dieses Prinzip bewirkt, daß die Genossen zu einer Einheit zusammengeschlossen werden, in der nicht mehr der Wille des einzelnen, sondern nur der Gesamtwille aller eine Wirkung hervorbringt. Im Eigentum dieser Personeneinheit steht das Gesellschaftsvermögen.

Durch die Einführung der gesamthänderischen Vermögensgemeinschaft wächst die Gesellschaft des BGB. über die bloße zahlenmäßige Summe ihrer Mitglieder hinaus und erhält eine gewisse Aehnlichkeit mit der juristischen Person. Ebenso wie diese ist die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, fähig, Rechte und Pflichten zu haben, die von denen der einzelnen Genossen verschieden sind [2]). Es bleibt jedoch bei einer Aehnlichkeit, denn die Gesamthand der Gesellschafter tritt nicht als ein völlig selbständiger Organismus neben die einzelnen Mitglieder, sondern ist nur die Gesamtheit aller Gesellschafter, die aber andererseits als besonders ausgestalteter kollektivistischer Personenverband Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Die Gesellschaft ist also ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt.

Wenn auch die wichtigsten Gesellschaftsformen in Sondergesetzen geregelt sind — so die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft im Handelsgesetzbuch —, so hat doch auch die Gesellschaft des BGB. im Wirtschaftsverkehr eine nicht zu unterschätzende Bedeutung erlangt. So können beispielsweise Minderkaufleute gemäß § 4 Abs. 2 HGB. und Land- und Forstwirte — soweit es sich nicht um „Nebenbetriebe" handelt — gemäß § 3 HGB. keine handelsrechtliche Personalgesellschaft errichten. Wenn sie sich gesellschaftlich zusammenschließen wollen, so sind sie, falls sie nicht die Form einer Kapitalgesellschaft (GmbH., AG.) oder Genossenschaft wählen, auf eine bürgerlichrechtliche Gesellschaftsvereinigung angewiesen. Die sogenannten kaufmännischen Gelegenheitsgesellschaften (Konsortien) sind eben-

1) vergl. Denkschrift aaO. S. 130 f.
2) vergl. Staub aaO. Anmerkung 28 zu § 105 HGB.

falls nur in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts möglich. Eine weitere Verwendung findet die Gesellschaft des BGB. im Kartell- und Konzernrecht, ferner im Gründungsstadium anderer Gesellschaften. Insbesondere sind auch die errichteten Kapitalgesellschaften bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Genossenschaften bis zur Eintragung in das Genossenschaftsregister bürgerlichrechtliche Gesellschaften [3]). Schließlich ist die Regelung der Gesellschaft des BGB. insofern von Bedeutung, als ihre Vorschriften auf andere Vereinigungsformen Anwendung finden, so auf den nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 BGB.) und subsidiär auch auf die OHG. und KG. (§ 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB.).

3) So die für die GmbH. getroffene, und auch auf die A.G. und Genossenschaft entsprechend anzuwendende ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts. (Vergl. RGZ. 58, 56; 82, 290; 83, 373; KGZ. 40, 67) Zustimmend ferner Staub (aaO. Anmerkung 4 zu § 188 HGB.), Warneyer-Koppe (aaO. Anmerkung 1 zu § 11 GmbH. Ges.) und offensichtlich auch Parisius-Crüger (aaO. Anmerkung zu § 13 Gen. Ges.). Anders dagegen die in der Literatur vorherrschende, so insbesondere von Julius v. Gierke (aaO. S. 276 und S. 460) vertretene Ansicht, nach der die errichteten Kapitalgesellschaften und die Genossenschaften vor ihrer Eintragung ins Handels- bezw. Genossenschaftsregister keine bürgerlichrechtlichen Gesellschaften sondern nichtrechtsfähige Vereine sind.

II. Abschnitt:

Die rechtliche Natur der Gesellschaft des BGB.

Der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag?

Das BGB. definiert die rechtliche Natur der Gesellschaft in § 705. „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Das BGB. sagt also ausdrücklich, daß die Gesellschaft ein Vertrag ist. Damit wird der von Kuntze [4]) vertretenen Ansicht, daß sie kein wahrer Vertrag sei, denn die Teilnehmer ständen sich nicht als Parteien mit entgegengesetzten Interessen gegenüber, sondern ein sogenannter „Gesamtakt", vom Gesetz selbst widersprochen. Aber auch ohne den Gesetzeswortlaut ist die Vertragsnatur der Gesellschaft ohne Zweifel. Die Gesellschafter verpflichten sich gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes durch gemeinschaftliches Zusammenwirken zu fördern. Sie treffen also untereinander eine Vereinbarung, die aus mehreren gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges mit wechselseitigen Beziehungen gerichtet sind, besteht. Beim Treffen dieser Vereinbarung stehen sich die Beteiligten zunächst mit entgegengesetzten Interessen gegenüber, denn gerade bei einer Gesellschaft will jeder naturgemäß recht wenig Pflichten und recht viel Rechte haben. Die Gemeinschaftlichkeit liegt nur in dem angestrebten Ziele. Die Ansicht Kuntzes verkennt also das Wesen der Gesellschaft.

Aus dem Umstand, daß der Gesellschaftsvertrag bei allen Gesellschaftern die Verpflichtung zu einer Leistung hervorruft, also ein Schuldverhältnis begründet, (zu Unrecht abweichend Affolter [5]) ergibt sich weiterhin, daß er ein schuldrechtlicher Ver-

4) aaO. S. 47.
5) aaO. S. 241.

trag ist. Wie Sohm[6]) ausführt, zeichnet sich der Gesellschaftsvertrag ferner durch einen personenrechtlichen Einschlag aus, indem die Gesellschaft durch das Gesamthandsprinzip mit den Ansätzen eines sozialen Organismus ausgestattet wird. Diese personenrechtliche, kollektivistische Verbundenheit der Genossen tritt aber erst auf Grund der die Gesellschaft zur Entstehung bringenden Vereinbarung der Gesellschafter ein, und ist für den Gesellschaftsvertrag nicht wesensbestimmend.

Ist der Gesellschaftsvertrag aber auch ein gegenseitiger Vertrag? Hierüber gingen bereits im gemeinen Recht die Meinungen auseinander, und auch im BGB. ist der Streit nicht entschieden. § 705 spricht zwar davon, daß die Gesellschafter sich „gegenseitig" verpflichten. Aus diesem Wortlaut kann jedoch nicht mit Sicherheit darauf geschlossen werden, daß der Gesellschaftsvertrag auch ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. ist. Auch die Motive[7]) geben hierüber keine klare Auskunft. Daraus folgt, daß, ehe wir an die Beantwortung der Frage, ob die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320 ff. BGB.) auf die Gesellschaft Anwendung zu finden hat, herangehen können, zunächst einmal festzustellen ist, ob die Gesellschaft überhaupt ein gegenseitiger Vertrag ist. Ist sie es nicht, dann entfällt naturgemäß die Anwendbarkeit der fraglichen Einrede schlechthin.

Gegenseitig, besser gesagt „gegenseitig verpflichtend, ist der Vertrag, durch den sich jeder der Vertragsschließenden eine Leistung versprechen läßt und als Entgelt eine Leistung verspricht"[8]). Das Wesen des gegenseitigen Vertrages besteht demnach in Folgendem: Während bei den einseitigen Verträgen ein Teil ausschließlich berechtigt, der andere ausschließlich verpflichtet wird, ein Teil also nur Gläubiger ist und der andere nur Schuldner, ist bei dem gegenseitigen Vertrag jeder Vertragsteil sowohl Gläubiger als Schuldner des anderen. Der gegenseitige Vertrag erzeugt also für sämtliche Vertragsschließenden Leistungspflichten, und zwar dergestalt, daß jede Leistung als Entgelt für die des anderen versprochen wird, daß also die Leistung des einen die Gegenleistung für die des anderen sein soll. Demzufolge

6) aaO. S. 60 ff.
7) aaO. S. 600.
8) s. Enneccerus-Lehmann aaO. § 32.

entsteht auch die Verpflichtung des einen nur, wenn die des anderen zur Entstehung gelangt, und nur derjenige kann die Leistung des Vertragsgegners verlangen, der selbst geleistet hat oder zur Leistung bereit ist. Daß Leistung und Gegenleistung tatsächlich den gleichen Wert haben, ist nicht notwendig. Erforderlich ist nur, daß nach dem Willen der Parteien jede Leistung ein Aequivalent für die andere sein soll und als solches versprochen wird. — Sind diese Merkmale nun auch im Gesellschaftsvertrag enthalten?

Wesentlich für den Begriff der Gesellschaft ist die Verpflichtung jedes Vertragsschließenden, den gemeinsamen Zweck durch irgendwelche Leistungen zu fördern. Der Inhalt dieser Leistungspflicht ist vom Gesetz nicht bestimmt und ist allgemein auch garnicht bestimmbar. Hierfür ist der einzelne Fall ausschlaggebend. Das Gesetz hebt aber die Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten Beiträge besonders hervor, und hierin werden sich im Regelfall auch die Verpflichtungen der Gesellschafter — soweit sie unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen — erschöpfen. Daß diese Beiträge in Geld bestehen, ist nicht erforderlich. Auch eine Uebertragung von anderen Sachen oder Rechten, eine Gebrauchsüberlassung sowie eine Leistung von Diensten fallen unter den Begriff des Beitrags. Ferner können die Beiträge sowohl wiederholte als auch einmalige sein, sie brauchen auch nicht gleich zu sein. Der Begriff Beitrag ist demnach im weitesten Sinne zu verstehen. Wir stehen nun vor der Frage, ob der Beitragspflicht des einzelnen Gesellschafters eine Gegenverpflichtung im Sinne der §§ 320 ff. BGB. gegenübersteht, sodaß der Gesellschaftsvertrag als gegenseitiger Vertrag zu bewerten ist.

Wie bereits gesagt, zeichnet sich der gegenseitige Vertrag dadurch aus, daß jeder Vertragsteil zu einer Leistung verpflichtet wird, und daß die Vertragsparteien hinsichtlich dieser Leistungen wechselseitig Gläubiger und Schuldner sind. Wir haben nun weiter festgestellt, daß der Gesellschaftsvertrag ebenfalls für jeden Gesellschafter eine Leistungspflicht ins Leben ruft, nämlich die Verpflichtung zur Hingabe der vereinbarten Beiträge. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob hinsichtlich dieser Beitragsleistungen jeder Vertragsteil des Gesellschaftsvertrages gleichzeitig Gläubiger und Schuldner des anderen ist.

Der Gesellschaftsvertrag wird von den einzelnen Gesellschaftern abgeschlossen. Nur diese sind also die Vertragsparteien. Jeder verpflichtet sich jedem anderen zur Förderung des Gesellschaftszweckes, insbesondere zur Beitragsleistung. Diese Verpflichtung wird von jedem einzelnen Genossen jedem einzelnen anderen gegenüber übernommen. Das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, denn man darf den Gesellschaftsvertrag nicht so auslegen, daß jeder mit den übrigen Genossen als Einheit kontrahieren will. So führen auch die Motive [9]) aus, daß „die Gesellschafter zur Erreichung ihres Zweckes frei zusammentreten und sich vertragsmäßig gegeneinander, jeder gegen den anderen, so viele ihrer sind, verpflichten, bestimmte Leistungen beizutragen". Andererseits besteht aber der Gesellschaftsvertrag nicht etwa aus einer Kette mehrerer Einzelverträge, sondern es handelt sich um einen einzigen einheitlichen Vertrag. Es will keiner der Vertragsschließenden mit jedem der anderen getrennt, für sich kontrahieren, sondern nur mit ihnen zusammen [10]).

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, daß jeder einzelne Gesellschafter Schuldner des von ihm zu entrichtenden Beitrags ist. Es folgt aber weiter daraus, daß jeder einzelne auch die Beitragsleistung des anderen verlangen kann, nicht etwa, wie z. B. Oebike [11]) meint, nur die Gesamthand aller.

Nun wird aber jedem Gesellschafter die Leistung nicht so versprochen, daß sie zunächst in dessen eigene Tasche gelangen soll, sondern sie ist für die Gesellschaftskasse bestimmt. Es kann daher nur Leistung an diese Kasse, d. h. an alle Gesellschafter zusammen, verlangt werden [12]). Diese Tatsache läßt es zweifelhaft erscheinen, wem die Forderung auf die Beiträge zusteht, der Gesellschaft selbst oder dem einzelnen Gesellschafter, denn wenn auch jeder einzelne die Forderung geltend machen kann, so geht daraus nicht unbedingt hervor, daß sie auch zu seinem Privatvermögen gehört. Ebensowenig kann umgekehrt aus dem Umstand, daß die bereits geleisteten Beiträge Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sind, geschlossen werden, daß auch schon der An-

9) aaO. S. 594.
10) vergl. Knoke aaO. S. 26.
11) aaO. S. 35, 37.
12) so Motive S. 598, Crome aaO. S. 775.

spruch auf sie in dieses Sondervermögen fällt. Es handelt sich also um die Frage, wer überhaupt Gläubiger der Beitragsforderung ist. Die Lösung dieser Frage ist Voraussetzung für unsere Feststellung, ob zwischen Gläubiger und Schuldner wechselseitige Leistungspflichten bestehen.

Die Pflicht des Genossen zur Beitragsleistung entspringt unmittelbar und allein aus dem Gesellschaftsvertrag. In diesem Vertrag treten sich die Gesellschafter als „unverbundene einzelne“ [13]) gegenüber und verpflichten sich jeder einzelne dem anderen einzelnen. Es erhält deshalb auch jeder Gesellschafter auf Grund desselben Vertrages ein Recht auf die versprochene Beitragsleistung des anderen, und zwar dergestalt, daß er Gläubiger der Beitragsforderung wird. Daß er den Beitrag dabei nur an alle verlangen kann, schadet nicht. Maßgebend ist nur, daß jeder Genosse kraft eigenen ihm auf Grund des Gesellschaftsvertrages zustehenden Rechts die Beitragsforderung gegen jeden Mitgesellschafter geltend machen kann, und damit tritt er dem Beitragsschuldner als Gläubiger gegenüber. Auch bei dem sogenannten unechten Vertrag zugunsten Dritter ist der Versprechensempfänger — und nur er allein — Gläubiger des Versprechenden, obwohl die Leistung an einen Dritten bewirkt werden soll. Es ist deshalb kein Grund einzusehen, weshalb nicht auch bei dem Gesellschaftsvertrag, wie es in der Regel bei jedem Vertrag der Fall ist, die Vertragsschließenden mit den Subjekten des durch diesen Vertrag begründeten Schuldverhältnisses, d. h. mit den Gläubigern und Schuldnern identisch sein sollen. Die Richtigkeit dieser Ansicht zeigt sich besonders deutlich, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, denn hier kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß jeder der beiden Genossen dem anderen nicht nur als Schuldner, sondern auch als Gläubiger gegenübersteht.

Wir stellen also fest, daß jeder einzelne Gesellschafter Gläubiger der Beitragsleistung des anderen ist, und demzufolge auch das Recht hat, im Wege der Klage den Beitrag des anderen zu verlangen [14]). Diese Gläubigereigenschaft des einzelnen bedeutet für den Bestand der Gesellschaft keine Gefahr, denn es kann ja nur Leistung an die gemeinsame Kasse gefordert werden. Ferner ist die Uebertragung der Beitragsforderung sowie ihre Pfändung

13) s. Knoke aaO. S. 34.
14) vergl. Lindemann aaO. S. 55, ferner RGZ. 70, 32 ff.

durch einen Privatgläubiger des einzelnen kraft der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 717 BGB. und 851 ZPO. ausgeschlossen.

Nun gehören aber die bereits geleisteten Beiträge unstreitig zum Gesellschaftsvermögen. Ebenso werden die Beitragsversprechen nicht im Interesse des einzelnen, sondern im Interesse der Gesamtheit aller Genossen abgegeben. Die Beiträge selbst sind vonvornherein ausschließlich dem gemeinsamen Zweck gewidmet und sind nach erfolgter Leistung der Verfügungsgewalt des Einzelnen entzogen. Es entspricht daher der Absicht der Vertragsparteien und dem Zweck des Vertrages, daß die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer auf Grund des Gesellschaftsvertrages entstehenden Verbundenheit — und das ist die Gesellschaft — unmittelbar ein Recht auf die Beiträge erwerben soll. Dieses Recht der Gesellschaft entsteht allein durch den Willen der Vertragsschließenden und ist, obwohl die Gesellschaft nicht Vertragspartei ist, ein Recht aus dem Gesellschaftsvertrag selbst.

Der Gesellschaftsvertrag hat also eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Vertrag zugunsten eines Dritten gemäß § 328 BGB. Ebenso wie bei diesem das Recht des Dritten, so entsteht hier das Recht der Gesellschaft allein durch den Willen der Kontrahenten. Natürlich bleibt es bei einer Aehnlichkeit, denn da die Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit besitzt, kann sie nicht Dritter im Sinne des § 328 sein. Andererseits ist jedoch zu beachten, daß die Gesellschaft infolge der Schaffung ihres durch das Gesellschaftsverhältnis gebundenen Sondervermögens von dem gewöhnlichen Schuldvertrag Abweichungen erfahren hat. Die auch rechtlich nicht nur tatsächlich vorhandene Absonderung und Verselbständigung dieses Vermögens hat es ermöglicht, daß neben den auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden obligatorischen Beziehungen der Gesellschafter untereinander auch zwischen der Gesellschaft als ganzem und ihren eigenen Mitgliedern Schuldverhältnisse entstehen können. Der Gesellschaft können also, obwohl sie keine juristische Person ist, tatsächlich gegen den einzelnen Genossen Rechte zustehen, die sie von sich aus geltend machen kann. Daraus folgt, daß hinsichtlich der vermögensrechtlichen Seite, die Gesellschaft mit ihrem Sondervermögen den Genossen als eine Art Dritter gegenübertritt, und gerade die Geltendmachung der Beitragsforderung gehört in erster Linie zu den vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesell-

schaft und ihren Mitgliedern. Demzufolge steht auch nichts im Wege, der Gesellschaft selbst ein selbständiges Recht auf die Beiträge einzuräumen, dergestalt, daß sie Gläubigerin ihrer Mitglieder wird.

Diese Ansicht steht mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Widerspruch. Wenn auch § 705 von einer gegenseitigen Verpflichtung der Gesellschafter spricht, so schließt diese Ausdrucksweise eine Gläubigerschaft der Gesellschaft nicht mit Notwendigkeit aus. § 717 spricht ebenfalls von Ansprüchen, die den Gesellschaftern „gegeneinander" zustehen und meint doch mit dem in Satz 2 hervorgehobenen Anspruch aus Geschäftsführung eine Forderung gegen die anderen Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Entsprechendes könnte auch in § 705 gemeint sein. Wir sehen also, daß der Ausdruck „gegenseitig" in § 705 nicht erkennen läßt, zwischen wem die Gegenseitigkeit besteht. Er kann sowohl bedeuten: „ein Gesellschafter dem einzelnen anderen Gesellschafter gegenüber" als auch „ein Gesellschafter den anderen Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit gegenüber". Die Ansicht Plancks [15]), daß schon der Wortlaut des § 705 dagegen spreche, auch die Beitragsforderung zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen, ist also unbegründet.

Weiter wird gegen die Gläubigereigenschaft der Gesellschaft noch § 718 ins Feld geführt, der zwar von „Beiträgen", aber nicht von „Ansprüchen auf Beiträge" spricht. Es wird in § 718 auch nicht gesagt, daß die Beiträge Gesellschaftsvermögen „sind", sondern daß sie es „werden". Planck [15]) und Knoke [16]) glauben daraus folgern zu müssen, daß nur das wirklich Beigetragene, das somit zur „Einlage" geworden ist, nicht aber schon der Anspruch darauf, Gesellschaftsvermögen sein soll. Diese Ansicht wird jedoch durch das Gesetz nicht gerechtfertigt. Wenn das BGB. von den bereits bewirkten Leistungen spricht, so gebraucht es den Ausdruck „Einlage" (vergl. §§ 707, 733 Abs. 2 und 3, 734, 735 Satz 1, 739). Daraus ist umgekehrt zu schließen, daß der Sprachgebrauch des Gesetzes unter „Beiträgen" (§§ 705, 706, 707) die noch zu bewirkenden Leistungen versteht. Die Gegenmeinung findet auch in dem Wörtchen „werden" in § 718, das ebenfalls darauf hindeuten soll, daß erst das wirklich Beigetragene Gesellschaftsvermögen ist, denn anderenfalls müßte es heißen „sind", keine

15) aaO. Anmerkung 1a zu § 718.
16) aaO. S. 34, 77.

Stütze. Die Ausdrucksweise „werden" soll die Entstehung des Gesellschaftsvermögens kennzeichnen, während das Wort „sind" die Zusammensetzung dieses Vermögens nach seiner Entstehung veranschaulicht. Ueberdies erscheint lediglich das eine Wort „werden" zur ausreichenden Begründung einer Ansicht nicht geeignet. Schließlich spricht gegen die Gegenmeinung noch folgendes: § 718 erwähnt neben den „Beiträgen" noch „die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände". Zu diesen „Gegenständen" sind auch die für die Gesellschaft erworbenen Ansprüche zu rechnen. Es ist aber kein Grund einzusehen, warum die Ansprüche auf die Beiträge nicht mit den eben erwähnten Ansprüchen in gleicher Reihe stehen sollen. Durch § 718 wird unsere Ansicht also nicht widerlegt.

Knoke [17]) zieht zur Begründung seiner Ansicht ferner § 733 heran, der „für den umgekehrten Fall, wo der einzelne Gesellschafter forderungsberechtigt ist, nicht die Gesellschaft, sondern die übrigen Gesellschafter als Schuldner bezeichnet", und folgert daraus, daß die Gesellschaft, weil sie in § 733 nicht als Schuldner bezeichnet wird, auch nicht Gläubiger sein könne. Eine derartige Verwertung des Wortlautes von § 733 ist jedoch ebenfalls ungerechtfertigt. Die angezogene Gesetzesstelle regelt die nach Auflösung der Gesellschaft zwischen dieser und ihren Mitgliedern eintretenden Rechtsbeziehungen, zu denen die Ansprüche auf die Beiträge nicht gehören. Sie kann demzufolge zur Lösung der Frage, wem diese Ansprüche zustehen, überhaupt nicht herangezogen werden.

Unserer Ansicht, daß die Gesellschaft selbst Gläubigerin der Beiträge ist, steht also der Wortlaut der für das Gesellschaftsverhältnis aufgestellten Bestimmungen zumindest nicht entgegen. Nun führt aber die Gegenmeinung nicht nur das Gesetz ins Feld.

Es werden folgende Erwägungen angestellt: Grundlage ist, daß die Beitragspflicht der Gesellschafter auf dem Gesellschaftsvertrag beruht. Das ist unstreitig. Philipp [18]) und Riccius [19]) gehen nun davon aus, daß sich der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag garnicht der Gesellschaft, d. h. der Gesamtheit aller Ge-

17) aaO. S. 34.
18) aaO. S. 16.
19) aaO. S. 42.

nossen, verpflichten könne, da diese beim Vertragsabschluß noch garnicht besteht. Die Einheit der Gesellschafter soll erst gerade durch den Gesellschaftsvertrag geschaffen werden, und erst, wenn jeder Genosse eine Beitragspflicht übernommen hat, entsteht die Gesellschaft; d. h. erst mit dem Bestehen des Rechts auf die Beiträge ist auch die Gesellschaft vorhanden. Ihr Existentwerden ist somit eine Folge des Gesellschaftsvertrages. Da dieser nun von den Gesellschaftern als unverbundenen einzelnen abgeschlossen wird, so müsse daraus mit Notwendigkeit gefolgert werden, daß er auch nur ihnen Rechte verleihen kann. Das bedeutet aber, daß nicht die Gesellschaft sondern einzig und allein der einzelne Gesellschafter Gläubiger der Beitragsforderung ist, und daß das Recht auf die Beiträge noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören kann.

Aber auch diese Erwägungen sind nicht stichhaltig. Philipp ist insoweit zuzustimmen, als er das Entstehen der Gesellschaft als eine Folge des Gesellschaftsvertrages bezeichnet. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschaft trotzdem ein selbständiges Recht aus diesem Vertrage erwerben kann. Hierfür ist einzig und allein der Wille der Vertragsschließenden maßgebend. Bei einem Vertrag zugunsten eines Dritten braucht dieser Dritte ebenfalls noch nicht geboren, ja nicht einmal erzeugt zu sein. Sobald er aber geboren ist, wird er, sei es sofort, sei es unter gewissen Voraussetzungen (§ 328 Abs. 2) Gläubiger des Versprechenden. So ist es auch bei der Gesellschaft. Sobald die Einheit der Gesellschafter geschaffen und damit die Gesellschaft vorhanden ist, wird sie Gläubigerin jedes einzelnen Genossen, ohne daß es noch einer besonderen Willenserklärung der Vertragsparteien bedarf.

Die Richtigkeit unserer Ansicht ergibt sich jedoch nicht nur aus rechtlichen, sondern auch aus praktischen Gesichtspunkten. Haben sich z. B. die Gesellschafter einem Gesellschaftsgläubiger gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet, so könnte dieser, wenn die Forderung auf die Beiträge noch nicht zu dem Sondervermögen gehören würde, bei der Zwangsvollstreckung nur die bereits geleisteten Beiträge erfassen. Dagegen würden die Beitragsforderungen der Vollstreckung nicht unterliegen [20]). Auf diese Weise würde ein wesentlicher Teil des dem

20) vergl. Enneccerus-Lehmann aaO. § 176.

Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögens tatsächlich dem Zugriff des Gesellschaftsgläubigers entzogen sein. Da nun aber dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, bei jedem einzelnen Vertragsabschluß zu untersuchen, ob und inwieweit ihm die ausstehenden Beiträge haften, so stellt dieses Ergebnis für ihn eine Unbilligkeit dar, die zu vermeiden allein dadurch möglich ist, daß man auch die Forderungen auf die Beiträge zum Gesellschaftsvermögen zählt. Nur dann können sie im Wege der Pfändung und Ueberweisung (§§ 829, 835 ZPO.) in die Verfügungsgewalt des klagenden Gläubigers übergehen. § 717 BGB. in Verbindung mit § 851 ZPO. steht bei der von uns vertretenen Ansicht der Pfändung dieser Forderung nicht entgegen. Es handelt sich um einen Anspruch, der der Gesellschaft selbst zusteht (§§ 718, 719), und diese von der gesamten Hand erfaßten Ansprüche fallen nicht unter die Bestimmung des § 717 [21]). Die gegenteilige Ansicht von Eschelbacher [22]), der behauptet, daß auch in diesem Falle § 717 der Pfändung der Beitragsforderung entgegenstehe, ist gänzlich abwegig.

Aber noch eine andere sachliche Erwägung stützt die von uns vertretene Meinung. Gemäß § 709 steht die Führung der Geschäfte der Gesellschaft zwar grundsätzlich den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. In der Regel wird aber die Geschäftsführung auf einen oder mehrere Genossen übertragen werden (§§ 710 ff.). Stellt man sich nun auf den von uns abgelehnten Standpunkt, daß die Gesellschaftsbeiträge vor ihrer Einziehung noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, so ergibt sich die eigentümliche Sachlage, daß der Geschäftsführer nicht verpflichtet wäre, die Beiträge einzuziehen. Denn wenn die Beitragsforderung nicht zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann die Einziehung der Beiträge naturgemäß nicht in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallen. Der Geschäftsführer wäre dann aber nicht nur nicht verpflichtet, sondern hätte in dieser Eigenschaft nicht einmal ein Recht zur Einziehung [23]). Ist der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter — was in der Regel der Fall sein wird —, dann hätte er zwar dieses Recht, aber nur als Gesellschafter auf Grund des Gesellschafts-

21) zustimmend RGRK. Anmerkung 1 zu § 717 und RGZ. 76, 280.
22) aaO. S. 21.
23) Zustimmend Haas (aaO. S. 4), der aber trotzdem die Beitragsforderung nicht zum Gesellschaftsvermögen rechnet.

vertrages. Dann ist er aber lediglich berechtigt, nicht auch verpflichtet, tätig zu werden. Ist der Geschäftsführer jedoch nicht zugleich Gesellschafter, was an sich zulässig ist, dann kann er die Beitragsforderung überhaupt nicht geltend machen. Die Einziehung der Beiträge wäre demnach von dem Belieben der Gesellschafter, die nicht immer scharf gegeneinander vorgehen wollen, abhängig, gleichgültig, ob sie nun Geschäftsführer sind oder nicht. Ein ebenso unzweckmäßiges, wie für den Bestand der Gesellschaft gefährliches Ergebnis. Die Gesellschaft ist von dem rechtzeitigen Einkommen der Beiträge abhängig. Es erscheint deshalb im Interesse einer gedeihlichen und gesicherten Entwicklung des Gesellschaftsverhältnisses unerläßlich, schon die Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen, sodaß die Geschäftsführer zu deren Geltendmachung verpflichtet sind.

Wir sehen also, daß es auch aus praktischen Gesichtspunkten heraus gerechtfertigt ist, die Gesellschaft selbst, d. h. die Gesamthand aller Gesellschafter, als Gläubigerin der Gesellschaftsbeiträge zu betrachten. Diese Lösung entspricht der in der Literatur vorherrschenden, so insbesondere von Enneccerus-Lehmann [24]), Dernburg [25]), Gierke [26]) und jetzt auch von Oertmann [27]) und Staudinger [28]) vertretenen Ansicht. Desgleichen stimmt sie mit der jetzt geübten Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß früher [29]) den entgegengesetzten Standpunkt einnahm, überein [30]).

Wir haben zuerst festgestellt, daß jeder einzelne Gesellschafter Gläubiger der Beitragsschuld des anderen ist und sind nunmehr zu dem Ergebnis gekommen, daß die Gesellschaft selbst ebenfalls Gläubigerin der Beitragsforderungen ist. Diese beiden Lösungen widersprechen sich jedoch keineswegs, denn das Recht des Gesellschafters, die Erfüllung der Beitragspflicht zu verlangen, wird dadurch, daß die Gesellschaft gleichfalls einen Anspruch auf die Beiträge hat, nicht ausgeschlossen [31]). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht der einzelne Gesellschafter Gläubiger neben

24) aaO. § 176.
25) aaO. § 359 I, 1.
26) aaO. S. 21, Anmerkung 30 a.
27) aaO. Anmerkung 2 a zu § 718.
28) aaO. Anmerkung IV, 1 a zu § 705.
29) vergl. RGZ. 54, 307.
30) vergl. RGZ. 76, 278 ff.
31) zustimmend Staudinger aaO. Anmerkung I, 2 b zu § 709.

der Gesellschaft sein kann und zwar in Form einer Mitberechtigung. Der Gesellschafter handelt also bei der Geltendmachung der Beitragsforderung nicht etwa auf Grund eines ihm von der Gesellschaft erteilten Auftrages, sondern treibt eine eigene Forderung bei, die ihm der Gesellschaftsvertrag selbständig gewährt. Da er jedoch die Beitragsleistung nicht an sich selbst verlangen und der schuldende Teil an ihn nicht wirksam erfüllen kann, haben wir es nicht etwa mit einer Gesamtforderung sondern mit zwei selbständigen Forderungen zu tun. Diese Forderungen haben aber den gleichen Inhalt, denn sie gehen beide auf Leistung an die Gesellschaft und entspringen aus demselben Vertrage. In diesem Ergebnis zeigt sich wiederum die Aehnlichkeit zwischen dem Gesellschaftsvertrag und dem Vertrag zugunsten eines Dritten. Auch bei diesem kann der Versprechensempfänger neben dem Dritten Gläubiger sein und zwar ebenfalls dergestalt, daß zwei inhaltsgleiche Forderungen entstehen.

Diese Eigentümlichkeit, daß sowohl jeder einzelne Genosse wie auch die Gesamthand aller ein Recht auf die Beiträge haben, gibt den Beitragsforderungen eine doppelte Natur. Sie sind

a) Forderungen der einzelnen Gesellschafter gegeneinander, denn jeder kann sie kraft eigenen Gläubigerrechts geltend machen,

b) Forderungen der Gesellschaft selbst, denn sie gehören zum Gesellschaftsvermögen.

Das bedeutet, daß Gläubiger der Beitragsforderungen sowohl der einzelne Genosse wie auch die Gesellschaft selbst ist.

Kehren wir nun zu dem Ausgangspunkt unserer derzeitigen Betrachtung zurück. Wir wollten feststellen, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist und hatten zu diesem Zwecke zunächst die Frage aufgeworfen, ob jede Partei des Gesellschaftsvertrages gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der anderen ist. Diese Frage können wir unter Zugrundelegung unseres obigen Ergebnisses nunmehr beantworten, und zwar in bejahendem Sinne. Wir haben gesehen, daß Parteien des Gesellschaftsvertrages nur die einzelnen Gesellschafter sind, und daß jeder von ihnen Beitragsschuldner ist. Wir haben aber weiter gesehen, daß in Anbetracht der doppelten Natur der Beitragsforderungen jeder Gesellschafter auch Gläubiger der Beitragsforderung ist. Es ist also

jeder Genosse gleichzeitig Gläubiger und Schuldner seiner Mitgesellschafter. Da nun eben diese Gesellschafter die Parteien des Gesellschaftsvertrages sind, so bedeutet dieses Ergebnis, daß der Gesellschaftsvertrag wechselseitige Leistungspflichten zwischen den Vertragsschließenden ins Leben ruft, genau so, wie es bei einem gegenseitigen Vertrag der Fall ist.

Nun ist es zwar richtig, daß zwischen der Gesellschaft, die ja ebenfalls Gläubigerin des Beitrags ist, und dem einzelnen Genossen ein solches wechselseitiges Leistungsverhältnis nicht besteht; denn hinsichtlich der Beitragsforderungen — und nur um diese handelt es sich hier — ist die Gesamthand der Gesellschafter nur Gläubigerin des einzelnen Mitgliedes, nicht auch dessen Schuldnerin. Auf das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern kommt es aber bei der augenblicklichen Betrachtung garnicht an. Wir haben es lediglich mit der Frage zu tun, ob die Parteien des Gesellschaftsvertrages wechselseitig Gläubiger und Schuldner sind, und die Gesellschaft ist, obwohl sie ein Recht auf die im Gesellschaftsvertrag versprochenen Leistungen hat, überhaupt nicht Partei dieses Vertrages. Unsere Feststellung, daß der Gesellschaftsvertrag zwischen den Vertragsschließenden wechselseitige Leistungspflichten zur Entstehung bringt, wird also durch das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nicht berührt.

Als weiteres Kennzeichen des gegenseitigen Vertrages hatten wir es bezeichnet, daß jeder Kontrahent seine Leistung als Entgelt für die des anderen verspricht, sodaß seine Leistung die Gegenleistung für die des anderen sein soll. Dieses Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist bei dem Gesellschaftsvertrag ebenfalls vorhanden. Der Gesellschaftsvertrag wird abgeschlossen, um einen gemeinsamen Zweck durch das gemeinschaftliche Zusammenwirken aller Vertragsschließenden zu erreichen oder zu fördern. Es muß deshalb auch jeder Kontrahent eine Leistung versprechen. Dieses Versprechen wird aber nicht selbständig abgegeben, sondern nur damit auch der andere sich zu einer Leistung verpflichte, denn es ist ja gerade der Sinn des Zusammenschlusses, durch die Leistungen mehrerer Personen das angestrebte Ziel zu erreichen. Am auffälligsten tritt die Abhängigkeit der Leistungsversprechen bei einem Gesellschaftsvertrag zutage, der nur von zwei Personen geschlossen wird. Sie ist jedoch im

gleichen Maße vorhanden, wenn die Gesellschaft mehr als zwei Gesellschafter umfassen soll. Da jeder Gesellschafter dem einzelnen anderen die Leistung verspricht, so ist bei Abschluß des Vertrages das Verhältnis zwischen den beiden Gesellschaftern, die sich jeweils gegeneinander verpflichten, genau so, als ob nur sie zwei vorhanden wären. Da sich nun jeder Genosse jedem anderen, soviel ihrer sind, auf diese Weise verpflichtet, so verspricht im Ergebnis jeder seine Leistung nur, damit und weil auch jeder andere eine Verpflichtung auf sich nimmt. Hieraus ergibt sich von selbst, daß der Gesellschaftsbeitrag des einen als Entgelt für den des anderen versprochen wird, denn wenn jeder Gesellschafter seine Beitragspflicht nur mit Rücksicht auf die des anderen übernimmt, so muß er in dessen Beitragsleistung die Gegenleistung für seine eigene erblicken. Demzufolge soll auch beim Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung des einen nur entstehen, wenn und insoweit die der sämtlichen anderen entsteht, sodaß die Leistungspflicht eines Gesellschafters nicht ohne Rücksicht auf die des anderen geltend gemacht werden kann. Ob die Beiträge den gleichen Wert haben ist gleichgültig. Maßgebend ist vielmehr nur, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden jede Leistung ein Ausgleich für die andere sein soll und in diesem Sinne versprochen wird. Sind mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, dann bilden für die Leistung des einen erst die Beitragsleistungen sämtlicher anderen die Gegenleistung, denn nur um der Beiträge sämtlicher anderen willen hat jeder die ihm obliegende Beitragspflicht übernommen. „Die Gegenseitigkeit besteht also nicht nur zwischen je zwei Leistungen, sondern jeweils zwischen einer Leistung und allen übrigen“ [32]).

Wir sehen also, daß all' die Merkmale, die wir bei dem gegenseitigen Vertrage festgestellt haben, auch bei dem Gesellschaftsvertrag vorhanden sind.

Nun ist jedoch folgendes zu beachten: Auf Grund der den Vertragsparteien gegeneinander obliegenden wechselseitigen Leistungspflichten erfolgt bei einem gegenseitigen Vertrag regelmäßig ein Austausch der versprochenen Leistungen. Das trifft insbesondere beim Kauf und Tausch, aber auch beim Miet-, Dienst- und Werkvertrag zu, denn es ist gerade der Endzweck dieser

32) Staudinger aaO. Anmerkung 2 zu § 705.

Verträge, einen Leistungsaustausch herbeizuführen. Man bezeichnet deshalb die gegenseitigen Verträge vielfach auch als Austauschverträge. Bei der Gesellschaft findet aber ein Austausch der Beiträge zwischen den Gesellschaftern nicht statt, sondern diese gelangen in die gemeinsame Kasse. Der Endzweck des Gesellschaftsvertrages liegt also nicht in den gegenseitigen Leistungen, sondern in dem gemeinschaftlich zu erreichenden Ziel, sodaß die geleisteten Beiträge nur Mittel zum Zweck sind.

Titze [33]) folgert hieraus, daß das für das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages notwendige Abhängigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fehle, denn der Beitrag des einen sei ja nicht der juristische Zweck, um dessentwillen der andere leiste. Der Gesellschaftsvertrag könne demzufolge kein gegenseitiger Vertrag sein.

Titze verkennt aber das Wesen des gegenseitigen Vertrages. Es ist zwar richtig, daß bei der Gesellschaft hinsichtlich der tatsächlichen Leistungen kein Austausch sondern eine Vergemeinschaftlichung eintritt. Aber das ist für die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, nicht ausschlaggebend. Es ist falsch, die Begriffe gegenseitiger Vertrag und Austauschvertrag gleichzustellen. Der gegenseitige Vertrag kann ein Austauschvertrag sein, braucht es aber nicht, „denn sein Wesen ist nicht dahin zu beschränken, daß er lediglich einen Austausch bezwecken könne“ [34]). So liegt beispielsweise auch dann ein gegenseitiger Vertrag vor, wenn zwei Personen sich gegenseitig zu einer Leistung an einen Dritten verpflichten, obwohl auch hier kein Austausch von Leistung und Gegenleistung erfolgt, denn beide Leistungen fallen derselben Person zu. Der unmittelbare Austausch ist somit nur eine der mehreren Formen der Gegenseitigkeit, aber er ist nicht ihr wesentliches Merkmal. Für den Begriff des gegenseitigen Vertrages kommt es nicht darauf an, was aus den Leistungen wird, sondern nur darauf, „daß jede Partei im Vertrage nach dessen Wesen Pflichten übernimmt, die als Entgelt der Pflichten des oder der anderen erscheinen“ [35]). Es ist deshalb nicht auf die Leistungen selbst sondern auf die Verpflichtungen abzustellen. Nur diese brauchen sich als Aequivalente

33) aaO. S. 311.
34) Enneccerus-Lehmann aaO. § 173, III.
35) Oertmann aaO. Anmerkung 4, b zu § 705.

gegenüberzustehen. Das wesentliche Merkmal des gegenseitigen Vertrages ist also nur die gegenseitige Abhängigkeit der mehreren Leistungsversprechen voneinander, sodaß man, wie Lehmann [36]) zutreffend sagt, das Wesen dieses Vertrages besser kennzeichnen würde, wenn man von einem „gegenseitig verpflichtenden Vertrag" spräche.

Auch bei einem reinen Austauschvertrag, wie beim Kauf, ist der Zweck des Vertrages zunächst einmal der, die Verpflichtung des Verkäufers zur Ueberlassung der Ware und die des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises ins Leben zu rufen. Der Preis selbst ist also nicht der Zweck, um dessentwillen sich der Verkäufer verpflichtet, sondern die Verpflichtung zur Zahlung des Preises. Das Abhängigkeitsverhältnis besteht somit zwischen den Verpflichtungen. Der Austausch der tatsächlichen Leistungen, der dann vorgenommen wird, erfolgt zur Erfüllung der wechselseitigen Pflichten und ist ein weiterer, neben dem ersteren bestehender Vertragszweck. Der Gesellschaftsvertrag bezweckt ebenfalls, zunächst die Vertragsschließenden zur Leistung, nämlich zur Hingabe der Beiträge, zu *verpflichten*, und das geschieht in der Weise, daß jeder eine Verpflichtung übernimmt und zwar in der Absicht, den anderen gleichfalls zur Verpflichtung zu bestimmen. Der tatsächliche Beitrag des anderen ist also nicht der Zweck, um dessentwillen sich jeder Gesellschafter verpflichtet, sondern er verpflichtet sich um des Beitragsversprechens des anderen willen. Das notwendige Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Leistungspflichten ist also beim Gesellschaftsvertrag ebenso wie beim Kauf vorhanden.

Der weitere Zweck des Gesellschaftsvertrages ist allerdings nicht wie beim Kaufvertrag der Austausch der Leistungen, sondern die Erreichung des gemeinsamen Zieles. Aber das ist eben nicht, wie Titze annimmt, der alleinige Zweck, weshalb die Gesellschafter den Vertrag schließen, sondern dieser Zweck besteht erst hinter dem, die wechselseitigen Verpflichtungen herbeizuführen, und letzterer Erfolg wird mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbständig bezweckt. Wenn also auch die tatsächlichen Leistungen zu gemeinsamen Erfolgen hinwirken, so wird dadurch nicht die Tatsache beseitigt, daß die Beitragspflichten

36) aaO. § 32.

sich als Aequivalente gegenübertreten, und nur hierauf kommt es an. Da nun weiterhin die tatsächlichen Beiträge zur Erfüllung der von einander abhängigen Verpflichtungen hingegeben werden, so stehen sie sich, obwohl sie gemeinsames Vermögen aller werden, auch als Leistung und Gegenleistung gegenüber [37]). Es liegt also, wie Oertmann [38]) zutreffend sagt, die Gemeinsamkeit nur im Gesellschaftsverhältnis, die Gegenseitigkeit im Gesellschaftsvertrag.

Aus dem bisher Gesagten folgt, daß wir unseren weiteren Betrachtungen nunmehr das Ergebnis zugrunde legen können, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. ist.

37) Zu Unrecht abweichend Siber (aaO. S. 402), nach dessen Ansicht zwar „jede Gesellschaft insofern ein gegenseitiger Vertrag ist, als sie notwendig gegenseitige Verpflichtungen zu zweckfördernden Leistungen begründet", der jedoch in dem Beitrag eines Gesellschafters keinen Gegenwert für den des anderen erblickt.

38) aaO. Anmerkung 4, b zu § 705.

III. Abschnitt:

Die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320 ff. BGB.) bei der Gesellschaft des BGB.

Wenn auch der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß die in den §§ 320 ff. BGB. für die gegenseitigen Verträge aufgestellten Bestimmungen, insbesondere die uns hier interessierende Einrede des nichterfüllten Vertrages, überhaupt oder uneingeschränkt auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden können. Wie wir gesehen haben, hat die Gesellschaft durch die Schaffung des dinglich gebundenen Gesellschaftsvermögens eine Stellung erhalten, die sie von den reinen Austauschverträgen unterscheidet, und es fragt sich, ob die Vorschriften der §§ 320 ff. auf die unmittelbar auf Austausch gerichteten gegenseitigen Verträge beschränkt sind oder allgemein für gegenseitige Verträge gelten. Eine derartige Beschränkung kann jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Es wäre mit der Sorgfalt, die an die Fassung des BGB. gelegt worden ist, unvereinbar, wenn das Gesetz, obschon es schlechthin von gegenseitigen Verträgen spricht, damit nur für die Austauschverträge Bestimmungen treffen wollte. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Regeln der §§ 320 ff. grundsätzlich auf alle gegenseitigen Verträge, mithin auch auf den Gesellschaftsvertrag, Anwendung zu finden haben, daß jedoch bei den einzelnen Verträgen festzustellen ist, ob ihre besondere Natur nicht eine Unanwendbarkeit oder beschränkte bezw. modifizierte Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften fordert [39]). Diese Feststellung muß demzufolge auch bei dem Gesellschaftsvertrag gemacht werden.

Das Gesetz selbst gibt hierfür keine Anhaltspunkte. Es regelt in den §§ 320 bis 327 die Grundsätze des gegenseitigen Vertrages und in den §§ 705 bis 740 die Gesellschaft. Es enthält jedoch nirgends eine Vorschrift, die über die Beziehungen

39) vergl. Planck aaO. Vorbemerkung IV zu §§ 705 ff.

zwischen den beiden Abschnitten Auskunft erteilt. Die Motive gehen zwar an einer Stelle [40]) von der Ansicht aus, daß die allgemeinen Regeln über von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung (§ 323 BGB.) auch auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden. Ueber die Art und Weise aber, in welcher diese Vorschriften auf den Gesellschaftsvertrag anzuwenden sind, werden keine näheren Angaben gemacht. Ferner findet sich in den Protokollen [41]) die Bemerkung, daß gegen den Erwerber der Gewinnforderung eines Gesellschafters auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages begründet sei. Auf diese gelegentliche Bemerkung kann jedoch gleichfalls kein großes Gewicht gelegt werden. Die uns hier interessierende Frage, ob und inwieweit die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages mit den Regeln des Gesellschaftsvertrages und dessen Eigenart vereinbar ist, hat der Gesetzgeber jedenfalls bewußt unbeantwortet gelassen; denn die Motive [42]) betonen ausdrücklich, daß die Lösung der Frage, „ob in Ansehung der den Gesellschaftern gegeneinander obliegenden Verpflichtungen bezw. in Ansehung welcher dieser Verpflichtungen die exceptio non adimpleti contractus stattfinde", der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben soll.

In der Literatur hat sich keine übereinstimmende Meinung herausgebildet. Die einen bestreiten die Anwendbarkeit der Einrede schlechthin, so u. a. Siber [43]), Schollmeyer [44]), Dernburg [45]), Endemann [46]), Oebike [47]), grundsätzlich wohl auch Windscheid-Kipp [48]), andere dagegen lassen sie grundsätzlich zu, so besonders Oertmann [49]) und Enneccerus-Lehmann [50]), wieder andere beschränken ihre Anwendbarkeit auf bestimmte Fälle, so z. B. Knoke [51]) und Planck [52]).

40) aaO. S. 600.
41) aaO. S. 425.
42) aaO. S. 598.
43) aaO. S. 403.
44) aaO. S. 147 Nr. 2.
45) aaO. § 357 III.
46) aaO. § 181 Anmerkung 10.
47) aaO. Seite 50.
48) aaO. § 406, 5 Anmerkung 1 c.
49) aaO. Anmerkung 4 zu § 705.
50) aaO. § 173, III.
51) aaO. S. 43.
52) aaO. Vorbemerkung IV zu Titel 14.

Ehe wir jedoch hierzu Stellung nehmen, erscheint es notwendig, zunächst auf den Begriff und das Wesen der Einrede des nichterfüllten Vertrages kurz einzugehen.

I. Kapitel.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Bei einem gegenseitigen Vertrag ist jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner des anderen. Die Verpflichtung des einen entsteht nur dann, wenn auch die des anderen entsteht, und nur der kann vom anderen die Leistung verlangen, der selbst zur Leistung bereit ist. Infolge dieser Abhängigkeit der Leistungen ist regelmäßig kein Vertragsteil verpflichtet, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, ohne daß gleichzeitig die ihm vom Gegner geschuldete Gegenleistung bewirkt wird. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht nur dann, wenn ein Teil, sei es kraft gesetzlicher Bestimmung, sei es auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung, zur Vorleistung verpflichtet ist. Der Regelfall ist aber, wie gesagt, daß die gegenseitigen Leistungen gleichzeitig, d. h. Zug um Zug, zu entrichten sind. Nun bedeutet aber der Grundsatz der Zug um Zug Leistung nicht, daß derjenige, der die Leistung des anderen verlangen will, gleichzeitig seine Leistung anbieten muß, also vonvornherein nur eine Zug um Zug Leistung fordern kann. Nein, jeder Kontrahent kann von dem anderen ohne Rücksicht auf dessen Gegenforderung die Erfüllung des Vertrages verlangen. Der Gegner aber kann die ihm obliegende Leistung bis zur vollständigen und ordnungsgemäßen Bewirkung der Gegenleistung verweigern, indem er dem Verlangen seines Gläubigers, die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB.) entgegenstellt.

Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß es unbillig ist, wenn ein Vertragsteil von dem anderen die Leistung einfordern kann, ohne selbst erfüllt zu haben oder doch zur Erfüllung bereit zu sein, denn damit könnte er den anderen in die Gefahr bringen, seine Leistung zu verlieren, ohne die versprochene Gegenleistung zu erhalten. Um den Schuldner vor dieser Unbilligkeit zu schützen, hat man ihm das Recht gegeben, mit Hilfe der exceptio non adimpleti contractus seine Leistung solange zurück-

zuhalten, bis die Gegenleistung bewirkt wird; wohlgemerkt „wird", nicht etwa, bis sie bewirkt worden ist. Erhebt der zur Leistung Zug um Zug verpflichtete Schuldner die Einrede, so macht er damit ein Zurückbehaltungsrecht geltend, das wegen der engen Verbindung zwischen den gegenseitigen Forderungen nicht durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann. (§ 320 Abs. 1 Satz 3.)

Ihrer Rechtsnatur nach war die exceptio non adimpleti contractus sowohl im römischen Recht wie auch — richtig verstanden — im gemeinen Recht eine wirkliche Einrede, während das Landrecht[53]) in ihr ein Leugnen des Klaggrundes erblickte, eine Ansicht, die, wie Lehmann[54]) treffend ausführt, in prozessualer Hinsicht zu unhaltbaren Konsequenzen führt. Das BGB. betrachtet die Einrede des nichterfüllten Vertrages zweifellos als wirkliche Einrede. Das ist einwandfrei aus dem Wortlaut des § 320, nach dem der Beklagte die Leistung „verweigern" kann, zu entnehmen, ebenso ist in § 322 von einem Recht zur „Verweigerung" der Leistung die Rede. Der Anspruch des Klägers bleibt also bestehen, lediglich seine Geltendmachung wird durch die Erhebung der Einrede gehindert, da das Verlangen des Klägers zurzeit noch ein unbilliges ist. Demzufolge ist die Einrede mit dilatorischer Wirkung ausgestattet. Schützt sie der Beklagte vor, so macht er damit eine Gegenforderung geltend, die den an sich begründeten Anspruch des Klägers insoweit unwirksam macht, als der Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird, d. h. zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung (§ 322 Abs. 1). Die Zwangsvollstreckung ist dann ebenso wie in anderen Fällen des Zurückbehaltungsrechts gestaltet. (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB., § 756 ZPO.).

Entsprechend dem Zweck der Einrede, den Beklagten vor einem unbilligen Verlangen des Klägers zu schützen, ergeben sich für ihre Anwendbarkeit folgende Voraussetzungen: Es genügt nicht, daß dem Beklagten gegen den Kläger ebenfalls eine Forderung zusteht, sondern es ist erforderlich, daß Forderung und Gegenforderung aus ein und demselben gegenseitigen Vertrage entsprungen sind. Ferner muß die Leistung des Klägers noch ausstehen, und diese noch ausstehende Leistung muß als Gegenleistung, als Aequivalent, für die geforderte versprochen sein.

53) vergl. ALR. I, 5 § 271.
54) aaO. § 32.

Schließlich ist notwendig, daß der Kläger nicht vorleistungspflichtig ist.

Ausnahmsweise kann zwar gemäß § 321 BGB. auch der Vorleistungspflichtige seine Leistung einredeweise verweigern. Diese Einrede ist aber von der des § 320 verschieden, denn sie bezweckt nur die Sicherung der Gegenforderung des Beklagten und fällt demzufolge weg, wenn der Kläger Sicherheit leistet.

II. Kapitel.

Die Zulässigkeit der Einrede gegenüber der Beitragsklage des einzelnen Gesellschafters.

Wir kommen nun zu der Feststellung, ob sich das Wesen und der Zweck der Einrede des nichterfüllten Vertrages mit den Besonderheiten der Gesellschaft in Einklang bringen lassen.

Auf Grund des Gesellschaftsvertrages hat jeder Genosse die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Kann nun ein auf die Erfüllung seiner Beitragspflicht belangter Gesellschafter einwenden, ein anderer Gesellschafter sei ebenfalls mit der Beitragsleistung im Rückstande und deshalb die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben? Bei der Lösung dieser Frage ist zu beachten, daß die Beitragsforderungen eine doppelte Natur haben, denn sie sind sowohl Forderungen der Gesellschafter gegeneinander, wie Forderungen der Gesellschaft gegen die einzelnen Mitglieder. Dieser Eigentümlichkeit Rechnung tragend müssen wir vonvornherein zwei Fälle unterscheiden, nämlich

a) der einzelne Gesellschafter macht die Beitragsforderung kraft eigenen ihm auf Grund des Gesellschaftsvertrages zustehenden Gläubigerrechts geltend, und

b) die Gesellschaft selbst klagt als Gläubigerin die Beiträge durch ihren oder ihre Geschäftsführer ein.

Behandeln wir zunächst den Fall, daß ein Gesellschafter als solcher, d. h. lediglich in dieser Eigenschaft, von seinem Recht, die Beitragsleistung seiner Mitgesellschafter zu verlangen, Gebrauch macht und prüfen wir, ob Bedenken bestehen, dem in Anspruch genommenen Genossen gegenüber dieser Forderung die Einrede des nichterfüllten Vertrages zuzubilligen.

Die Gesellschaft wird zur Erreichung oder Förderung eines allen Mitgliedern gemeinsamen Zweckes geschaffen. Jeder Gesellschafter verlangt deshalb mit Recht, daß die anderen in gleichem Maße wie er hierzu beitragen. Das ist aber wiederum nur möglich, wenn für keinen Gesellschafter eine Vorleistungspflicht besteht, denn in einer solchen Pflicht liegt naturgemäß eine Erhöhung des Risikos desjenigen, der zuerst zu erfüllen hat, und dieses Risiko auf sich zu nehmen kann grundsätzlich keinem zugemutet werden. Der Regelfall ist daher, daß kein Gesellschafter seinen Beitrag vorzuleisten hat. Es ist natürlich möglich, daß im Gesellschaftsvertrag die Vorleistungspflicht eines oder mehrerer Genossen vorgesehen wird, oder daß sich aus der Natur der Leistungen diese Pflicht ergibt. In solchen Fällen gilt der Grundsatz der Zug um Zug-Leistung natürlich nicht, sodaß die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus § 320 hier vonvornherein ausgeschlossen ist. Von diesen Ausnahmen abgesehen bleibt es jedoch bei der Feststellung, daß entsprechend dem Zweck der Gesellschaft die Beitragsleistungen von allen Mitgliedern regelmäßig gleichzeitig zu bewirken sind. Damit ist eine der grundsätzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages aus § 320 BGB. ohne Zweifel gegeben. Ferner steht fest, daß die Beitragspflichten sämtlicher Gesellschafter einzig und allein aus demselben gegenseitigen Vertrag, nämlich dem Gesellschaftsvertrag, entspringen, und daß jeder Gesellschafter Gläubiger der Beitragsleistung des anderen ist. Wenn also ein Gesellschafter gegenüber der Beitragsforderung seines Mitgesellschafters einwendet, die Beitragsleistung anderer Mitglieder stehe ebenfalls noch aus, so macht er damit eine ihm zustehende Gegenforderung geltend, die auf demselben gegenseitigen Vertrag wie die gegen ihn gerichtete Forderung beruht.

Wie steht es nun aber mit den anderen Voraussetzungen der Einrede?

I.

Setzen wir zunächst den Fall, daß wir es mit einer Gesellschaft zu tun haben, die nur aus zwei Personen besteht. Der Gesellschafter A klagt gegen den Gesellschafter B auf Leistung des Beitrags. Er selbst hat aber den ihm obliegenden Beitrag noch nicht geleistet und ist auch nicht zur Leistung bereit. Es ist

kein Grund ersichtlich, weshalb man hier dem B die Möglichkeit nehmen sollte, sich gegen das Verlangen des Klägers wehren zu können. Die Leistung des Klägers steht noch aus, und diese Leistung ist als Entgelt für die geforderte versprochen worden. Damit sind alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Einrede gemäß § 320 BGB. vorhanden. Die Zulassung der Einrede entspricht auch durchaus ihrem Wesen und ihrem Zweck. Ihr Grundgedanke ist, dem Beklagten ein Verteidigungsmittel gegen ein unbilliges Verlangen des Klägers zu geben und ihn vor der Gefahr zu schützen, vorleistungspflichtig zu werden und dann trotz seiner Leistung der Gegenleistung verlustig zu gehen. Diese Verhältnisse liegen aber nicht nur vor, wenn die Leistungen unmittelbar ausgetauscht werden, sondern auch dann, wenn sie wie hier in die gemeinsame Kasse gelangen. Wollte man dem Beklagten die Einrede verweigern, so würde er vorleistungspflichtig werden, und damit hätte er das Risiko der Gesellschaft allein oder doch in höherem Maße als der Kläger zu tragen. Das widerspricht jedoch dem Wesen der Gesellschaft, die ja gerade zu dem Zwecke geschaffen worden ist, durch ein gemeinsames Zusammenwirken das angestrebte Ziel zu erreichen. Es ist deshalb nur billig und gerecht, wenn man dem Beklagten das Recht gibt, seine Leistung solange zurückzuhalten, bis der Kläger ebenfalls zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten bereit ist.

Diese Leistungsverweigerung bedeutet auch für den Kläger keine Härte. Er verlangt zwar nicht Leistung an sich selbst sondern an die gemeinsame Kasse. Diese Kasse dient aber wiederum auch seinen Interessen, denn sie ist dem gemeinsamen Zweck gewidmet. Die Forderung des Klägers läuft also darauf hinaus, daß der Beklagte seine, des Klägers, Zwecke fördern helfe, während er selbst nicht die Absicht hat, dem Beklagten die gleiche Hilfe angedeihen zu lassen. Der Kläger verlangt also etwas Unbilliges, sodaß er es sich gefallen lassen muß, wenn der Beklagte die Erfüllung seines Verlangens verweigert.

Auch die Wirkungen der Einrede bereiten keine Schwierigkeiten. Beruft sich der Beklagte auf die Säumigkeit der Klägers, dann wird die Klage nicht abgewiesen, sondern der Beklagte wird zur Leistung Zug um Zug verurteilt. Der Kläger kann aus diesem Urteil ohne weiteres die Zwangsvollstreckung betreiben,

denn er braucht jetzt seinerseits nur die ihm obliegende Beitragsleistung anzubieten. Es erfolgt dann entweder eine Vollstreckung Zug um Zug oder, falls der Kläger den Beklagten in Annahmeverzug gesetzt hat, so, als ob letzterer zur Leistung an die Gesellschaftskasse schlechthin verurteilt worden wäre. (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB.). Die Zwangsvollstreckung selbst richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 756, 726 Abs. 2 ZPO. Für ihre Durchführung gilt den Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses Rechnung tragend im einzelnen folgendes:

Nehmen wir an, daß die von den Gesellschaftern zu entrichtenden Beiträge in Geld bestehen, und daß als Gesellschaftskasse ein besonderes Bankkonto angelegt ist. In diesem Falle muß der Kläger dem Gerichtsvollzieher seinen Beitrag zu treuen Händen übergeben mit der Bestimmung, das Geld an die Gesellschaftskasse zu zahlen, falls der Beklagte seiner Beitragspflicht genügen sollte. Der Gerichtsvollzieher hat sich nunmehr zu dem Beklagten zu begeben und diesem vor Beginn der Zwangsvollstreckung zu erklären, daß der Kläger bereit sei, seinerseits den ihm obliegenden Beitrag auf das gemeinsame Bankkonto einzuzahlen, und daß er, der Gerichtsvollzieher, das Geld hierfür bereits im Besitz habe. Daraufhin wird er dem Beklagten das Geld vorzeigen und ihn auffordern, ihm ebenfalls den Beitrag zur Einzahlung auf das Gesellschaftskonto auszuhändigen. Kommt der Beklagte diesem Verlangen nach, dann zahlt der Gerichtsvollzieher sowohl das Geld des Klägers wie das des Beklagten auf das Bankkonto ein. Damit ist die Zwangsvollstreckung ordnungsgemäß Zug um Zug bewirkt.

Weigert sich der Beklagte auch jetzt noch, seine Beitragspflicht zu erfüllen, so ist er nunmehr durch die obenbezeichnete Erklärung des Gerichtsvollziehers und das Vorzeigen des Beitrags des Klägers in Annahmeverzug gesetzt. Der Gerichtsvollzieher gibt dem Kläger das ihm von diesem ausgehändigte Geld zurück und nimmt die Zwangsvollstreckung entsprechend den allgemeinen Vorschriften der §§ 803 ff. ZPO. vor. Findet er bares Geld, so pfändet er dieses und führt es an die Gesellschaftskasse ab (§ 815 ZPO.), anderenfalls pfändet er andere Sachen des Beklagten und zahlt den durch die Versteigerung der Sachen gewonnenen Erlös auf das Gesellschaftskonto ein. Für die Pfändung von dem Beklagten zustehenden Forderungen gelten die

Vorschriften der §§ 828 ff. ZPO., jedoch mit der Maßgabe, daß der Kläger von dem Drittschuldner nur Leistung an die Gesellschaftskasse verlangen kann.

Bestehen die Beiträge in anderen Sachen als Geld, so gestaltet sich die Zwangsvollstreckung etwa folgendermaßen: Bilden wir den Fall, daß die Gesellschafter A und B eine Autofahrschule gründen wollen und sich deshalb zu einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zusammengeschlossen haben. Jeder Gesellschafter soll seinen Kraftwagen in die Gesellschaft einbringen und zwar dergestalt, daß die Wagen Eigentum der Gesellschaft werden. Der Gesellschafter A soll außerdem noch die für den Betrieb der Fahrschule erforderlichen Räumlichkeiten zur Verfügung stellen. Diese letztere Verpflichtung hat A bereits erfüllt und dem B einen zweiten Schlüssel zu den Räumen ausgehändigt. Nunmehr ist der B verurteilt worden, seinen Kraftwagen in das Gesellschaftsunternehmen einzubringen und zwar Zug um Zug gegen die gleiche Leistung des A. In diesem Falle wird der Kläger A seinen Wagen in den für die Gesellschaft bestimmten Räumen unterbringen und seinen Schlüssel zu diesen dem Gerichtsvollzieher zu treuen Händen übergeben. Dieser begibt sich daraufhin zu dem Beklagten und teilt ihm vor Beginn der Zwangsvollstreckung mit, daß der Kläger seinerseits zur Leistung bereit sei, und daß er dessen Kraftwagen bereits zur Einbringung in die Gesellschaft erhalten habe. Gibt der Beklagte jetzt seinen Kraftwagen heraus, so läßt ihn der Gerichtsvollzieher in die Räume der Gesellschaft bringen und gibt dann dem Kläger seinen Schlüssel zurück. Auf diese Weise geht das Eigentum jedes der beiden Gesellschafter an seinem Kraftwagen auf die Gesellschaft über, und zwar dergestalt, daß nunmehr das Eigentum an beiden Wagen dem Kläger und dem Beklagten gemeinschaftlich zur gesamten Hand zusteht. Damit ist das Ziel der Zwangsvollstreckung erreicht.

Gibt der Beklagte seinen Kraftwagen nicht heraus, so erhält der Kläger seinen Schlüssel zurück und kann seinen Wagen wieder aus den Gesellschaftsräumen herausholen. Die Zwangsvollstreckung wird jetzt ohne Rücksicht auf seine Leistung gemäß § 883 ZPO. gegen den nunmehr im Annahmeverzug befindlichen Beklagten durchgeführt. Ist sie von Erfolg, so bringt der Gerichtsvollzieher den Kraftwagen des Beklagten in den Gesellschafts-

räumen mit der Bestimmung als Eigentum der Gesellschaft, d. h. als Gesamthandseigentum der beiden Gesellschafter A u. B unter.

Die Aufzählung dieser beiden Beispiele mag genügen, um darzutun, daß die zwangsweise Einziehung der Gesellschaftsbeiträge auch bei einer Zug um Zug-Verurteilung durchaus möglich ist. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages wird also auch durch ihre Wirkungen nicht ausgeschlossen. Diese entsprechen vielmehr dem Wesen der Gesellschaft voll und ganz. Hat der klagende Gesellschafter ein Interesse an der Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses, dann kann und muß er die ihm obliegenden Verpflichtungen ebenfalls erfüllen, und tut er dies, dann kann er durch seine Leistung auch die des Beklagten herbeiführen. Eine dem Gesellschaftsvertrag zuwiderlaufende Gefährdung der Gesellschaft wird also durch die Zulassung der Einrede nicht herbeigeführt.

Hieraus folgt, daß das Wesen und die Wirkungen der Einrede des nichterfüllten Vertrages mit dem Wesen der Gesellschaft durchaus in Einklang stehen. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft diese Einrede keine Anwendung finden soll. — Das gilt auch für die Einrede des nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages (exceptio non rite adimpleti contractus) gemäß § 320 Abs. 2, denn diese Einrede ist nur eine Unterart der exceptio non adimpleti contractus.

Die Richtigkeit unserer Ansicht zeigt sich insbesondere bei der Anwendbarkeit des Satz 3 des § 320 Abs. 1. Wollten wir die Einrede des nichterfüllten Vertrages bei der Gesellschaft nicht zulassen, so könnte der in Anspruch genommene Gesellschafter sich zwar auf § 273 berufen und die von ihm geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. An sich ist § 273 ohne Zweifel anwendbar, denn beide Leistungen sind fällig, und dasselbe rechtliche Verhältnis ist hier der Gesellschaftsvertrag [55]). Diesem Zurückbehaltungsrecht könnte der Kläger aber

55) vergl. hierzu Siber (aaO. S. 403), nach dessen Ansicht jedoch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 mit dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses mehr in Einklang steht als das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320, da es nur begründet ist, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt". Siber sieht daher auch in der Einrede aus § 273 einen vollwertigen Ersatz für die von ihm ausgeschlossene Einrede des nichterfüllten Vertrages.

gemäß § 273 Abs. 3 entgegentreten, indem er Sicherheit leistet. Das Recht auf Sicherheitsleistung läuft jedoch den berechtigten Interessen des Beklagten zuwider. Durch seine Ausübung würde sich der Kläger — wenn auch nur auf einige Zeit — der Förderung des Gesellschaftszweckes entziehen, und damit ginge für diesen Zeitraum seine Leistung der Gesellschaft verloren, während doch gerade das pünktliche Einkommen der Beiträge jedes Gesellschafters für die gedeihliche Entwicklung der Gesellschaft erforderlich ist. Diese Nachteile werden durch Satz 3 des § 320 Abs. 1 von der Gesellschaft ferngehalten, denn gegenüber der Einrede des nichterfüllten Vertrages ist das Recht des Klägers, Sicherheit zu leisten, ausgeschlossen. Auch hieraus erhellt, daß die Einrede dem Wesen der Gesellschaft gerecht wird, und daß sie dem in Anspruch genommenen Gesellschafter mehr Sicherheit bietet, als das Zurückbehaltungsrecht aus § 273.

Die in § 321 für den vorleistungspflichtigen Vertragsteil getroffene Regelung steht ebenfalls nicht im Widerspruch mit dem Wesen des Gesellschaftsvertrages. Gerade bei der Gesellschaft, die auf dem Vertrauen der Genossen zueinander aufgebaut ist, kann es dem Schuldner nicht zugemutet werden, seiner Beitragspflicht bedingungslos nachzukommen, wenn sich die Vermögensverhältnisse seines Mitgesellschafters nach Abschluß der Vertrages derart verschlechtern, daß der Anspruch auf dessen Beiträge gefährdet wird. Besteht also für einen Genossen auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Bestimmung eine Vorleistungspflicht, so hat er unter den im § 321 bezeichneten Voraussetzungen auch das Recht, die ihm obliegende Beitragsleistung zu verweigern, „bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird".

Wir stellen also zusammenfassend fest, daß bei einer Gesellschaft, die nur aus zwei Personen besteht, die Einrede des nichterfüllten Vertrages auf die Beitragspflichten der Gesellschafter zueinander Anwendung zu finden hat.

II.

Die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages bei der Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht.

Bei der aus nur zwei Personen bestehenden Gesellschaft wird die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages fast allgemein anerkannt. Eine gegenteilige Ansicht wird nur von den-

jenigen vertreten, die die Einrede bei der Gesellschaft grundsätzlich ausschließen, so z. B. von Oebike[56]) und Dernburg[57]). Dagegen teilen sich die Ansichten bei der Gesellschaft, die mehr als zwei Genossen umfaßt. Können nun auch bei einer solchen Gesellschaft die Vorschriften der §§ 320 bis 322 BGB. Anwendung finden?

1.

Nehmen wir an, daß außer den Gesellschaftern A und B noch die Gesellschafter Nr. 1 bis Nr. 5 vorhanden sind. Der Gesellschafter A, der selbst noch nicht bereit ist, seiner Beitragspflicht zu genügen, verlangt dessen ungeachtet von B den Gesellschaftsbeitrag. Soll man hier dem B die Einrede des nichterfüllten Vertrages versagen? Wohl sind jetzt außer A und B noch die Genossen Nr. 1 bis Nr. 5 vorhanden. Aber das Verhältnis gerade zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist doch im Grunde genommen dasselbe, wie bei der nur zwei Personen umschließenden Gesellschaft. Der Beklagte hat gegen den Kläger ebenfalls eine Beitragsforderung, die noch nicht erfüllt ist, und diese noch ausstehende Beitragsleistung des Klägers ist ihm als Aequivalent für die seinige zugesichert worden. Wir sehen also, daß auch in diesem Falle alle Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Einrede vorhanden sind. Auch hier würde der Beklagte durch die Verweigerung der Einrede dem säumigen Kläger gegenüber zur Vorleistung gezwungen werden, was gerade vermieden werden soll. Das Verlangen des Klägers ist also für den Beklagten genau so unbillig und gefahrtragend, als wenn die Gesellschaft nur zwischen ihnen beiden bestände. Man muß deshalb dem Beklagten auch in diesem Falle die Möglichkeit geben, sich zu wehren, und das kann er in ausreichendem Maße nur, wenn ihm die Einrede des nichterfüllten Vertrages zur Seite steht. Mag der Kläger erst einmal selbst zur Leistung bereit sein, dann kann er auch den Beitrag des Beklagten einziehen. Die Wirkungen der Einrede laufen dem Wesen der Gesellschaft auch hier nicht zuwider. Es gilt dasselbe, was hierüber bei der nur zwei Personen umfaßenden Gesellschaft gesagt ist.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß bei der aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft die Einrede des nicht-

56) aaO. S. 50.
57) aaO. § 357, III.

erfüllten Vertrages ebenfalls anwendbar ist, nämlich dann, wenn der klagende Genosse selbst noch nicht geleistet hat. Insoweit herrscht auch in der Literatur — abgesehen natürlich von denjenigen, die die Zulässigkeit der Einrede prinzipiell ablehnen — Uebereinstimmung.

2.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn zwar der klagende Gesellschafter seine Beitragspflicht erfüllt hat, aber außer dem Beklagten noch andere Genossen säumig sind? Kann in einem solchen Falle der Beklagte sich mit Erfolg darauf stützen, daß andere seiner Mitgesellschafter ebenfalls noch nicht geleistet haben und deshalb dem Verlangen des Klägers die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegenstellen? Hier gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Die Vertreter der einen Ansicht, so vor allem Cosack [58]), Enneccerus-Lehmann [59]) und Oertmann [60]), wollen jedem Gesellschafter die Einrede solange gewähren, als noch irgendeiner der Mitgesellschafter außer ihm säumig ist. Die Gegenmeinung dagegen verweigert in einem derartigen Falle dem Beklagten die Einrede völlig, d. h. sie gewährt sie ihm nur, wenn gerade der Kläger selbst noch nicht erfüllt hat bezw. nicht erfüllungsbereit ist. Letzteren Standpunkt nehmen u. a. Planck [61]) und Knoke [62]) ein.

Wir kehren wieder zu dem Fall zurück, daß bei der aus den Gesellschaftern A und B und den Gesellschaftern Nr. 1 bis Nr. 5 bestehenden Gesellschaft der Gesellschafter A gegen B auf Leistung des Beitrags an die gemeinsame Kasse klagt, jedoch mit dem Unterschiede, daß der Kläger seinerseits bereits den ihm obliegenden Beitrag geleistet hat. Ferner nehmen wir an, daß außer B noch die anderen Genossen Nr. 1 bis Nr. 5 mit ihrem Beitrag im Rückstand sind. Hier ist B nicht mehr Gläubiger des A, sondern nur noch dessen Schuldner, denn die Leistung des A steht nicht mehr aus. B hat zwar noch Beitragsforderungen gegen die Gesellschafter Nr. 1 bis Nr. 5, deren Leistungen ihm ja ebenfalls als Aequivalent für seinen Beitrag versprochen worden sind, aber gerade gegen den Kläger steht ihm eine Gegenforderung nicht

58) aaO. § 277 I, 5.
59) aaO. § 173, III.
60) aaO. Anmerkung 4, c zu § 705.
61) aaO. Vorbemerkung IV zu Titel 14.
62) aaO. S. 43.

mehr zu. Auf diesen Mangel berufen sich die Gegner der Einrede[63]), und in der Tat scheint bereits hieran ihre Zulassung zu scheitern.

Es ist jedoch folgendes zu beachten: Die dem Beklagten obliegende Beitragsleistung soll nicht in das Privatvermögen des Klägers gelangen, sondern ist für das Gesellschaftsvermögen bestimmt. Dieses Vermögen steht wiederum nicht der Gesellschaft als solcher zu, sondern es ist ein Sondervermögen aller Gesellschafter. Nun sagt Satz 2 des Absatz 1 des § 320: „Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden". Durch diese Vorschrift könnte geholfen werden. Aber ist sie auf das Gesellschaftsverhältnis anwendbar? Diese Frage wird von vielen entschieden verneint. So führt Planck[64]) gegen die Anwendbarkeit des Satz 2 an, daß bei der Gesellschaft jeder Gesellschafter gegen jeden anderen einen selbständigen Anspruch auf Erfüllung der diesem obliegenden Beitragspflicht habe. Dies ist durchaus zutreffend. Planck behauptet nun aber weiter, daß der angezogene Satz eine gemeinschaftliche Verpflichtung aller Gesellschafter voraussetze. Inwiefern eine solche Voraussetzung vorliegen soll, ist nicht einzusehen.

Ein gegenseitiger Vertrag kann in der Form abgeschlossen werden, daß auf jeder Parteiseite nur eine Person steht oder in der Form, daß mehrere Personen als Gläubiger und Schuldner beteiligt sind. Diese letztere Möglichkeit hat der Satz 2 des § 320 Abs. 1 im Auge. Eine Unterscheidung dahingehend, ob die mehreren Personen sich gemeinschaftlich verpflichtet haben, oder ob sich jeder einzeln verpflichtet hat, wird vom Gesetz nicht gemacht und ist auch nicht als vom Gesetzgeber gewollt zu unterstellen. Wenn beispielsweise mehrere Personen eine Warenmenge dergestalt verkaufen, daß jeder nur einen Teil der Ware zu liefern und jeder nur einen Teil des Kaufpreises zu fordern hat, dann liegt zweifelsohne keine gemeinschaftliche Verpflichtung und Berechtigung vor, sondern jeder Verkäufer ist selbständig zur Leistung eines Teiles der Ware verpflichtet und hat einen selbständigen Anspruch auf einen Teil des Kaufpreises. Die einzelnen Teilforderungen und Teilschulden sind selbständige Rechte und Pflich-

63) vergl. Knoke aaO. S. 43.
64) aaO. Vorbemerkung IV, 1, b zu Titel 14.

ten. Gleichwohl ist auch hier die Anwendbarkeit des Satz 2 des § 320 Abs. 1 gegeben, sodaß dem Käufer jedem der Verkäufer gegenüber die Einrede des nichterfüllten Vertrages auch dann zusteht, wenn nur einer der anderen Mitverkäufer noch nicht geleistet hat. Eine gemeinschaftliche Verpflichtung der Parteienmehrheit ist demzufolge keine Voraussetzung für den angezogenen Satz 2. Er gilt vielmehr allgemein für den Fall, daß dem Schuldner auf Grund desselben gegenseitigen Vertrages mehrere Gläubiger gegenüberstehen, und daß seine Leistung an diese mehreren Gläubiger zu erfolgen hat. Das trifft auch bei der Gesellschaft zu. Wie wir eingangs festgestellt haben, besteht der Gesellschaftsvertrag nicht aus einer Kette von Einzelverträgen, sondern er ist ein einheitlicher Vertrag. Wenn sich nun in diesem einheitlichen Vertrag der einzelne Gesellschafter jedem anderen Gesellschafter einzeln dergestalt verpflichtet, daß zwar jeder die Leistung verlangen kann, jedoch nicht an sich selbst, sondern nur an die Gesellschaftskasse, d. h. an die Gesamthand aller, so wird eben von dem Gesellschafter eine Leistung eingefordert, die auf Grund desselben gegenseitigen Vertrages an mehrere Gläubiger zu bewirken ist. Daß sich diese mehreren Gläubiger ihm gegenüber nicht gemeinschaftlich, sondern jeder einzeln verpflichtet haben, schadet auch hier nichts, denn, wie oben dargetan, ist der Satz 2 nicht auf den Fall einer gemeinschaftlichen Verpflichtung beschränkt. Der Meinung Plancks, daß die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschrift des § 320 schon an dem Fehlen einer gemeinschaftlichen Verpflichtung der Gesellschafter scheitere, ist demzufolge nicht beizupflichten.

Nun spricht der Satz 2 weiter davon, daß der dem einzelnen gebührende „Teil" verweigert werden kann. Bei der Gesellschaft jedoch gebührt keinem der Gesellschafter ein Teil der Leistung des Beklagten, sondern jeder kann selbständig den ganzen Beitrag verlangen. Aus diesem Grunde glauben Haase [65]) und Nicolai [66]) den Satz 2 nicht auf die Gesellschaft anwenden zu können. Aber wie Oertmann [67]) treffend ausführt, ist es zu eng, diese Gesetzesstelle auf eine Teilgläubigerschaft zu beschränken. Sie gilt vielmehr sowohl für den Teilgläubiger, der nur einen Teil der Lei-

65) aaO. S. 43.
66) aaO. S. 42.
67) aaO. Anmerkung 4, c zu § 705.

stung beansprucht, als auch für den Gläubiger, der die ganze Leistung an die Gesamthandsgemeinschaft aller Gläubiger verlangt. Der Umstand, daß die Gesellschafter nicht Teilgläubiger des Beklagten sind, steht also der Anwendbarkeit des Satz 2 ebenfalls nicht entgegen.

Als Letztes ließe sich nunmehr noch folgendes einwenden: Nach § 320 Abs. 1, Satz 2 hat der Beklagte zwar das Recht, seine Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung zu verweigern. Aber bietet ihm der Kläger nicht gerade die „ganze Gegenleistung" in Gestalt seines — des Klägers — Beitrags an? Wir stehen somit vor der Frage, was unter dem Begriff der „ganzen Gegenleistung" im Sinne von Satz 2 zu verstehen ist. Wird sie schon durch die Leistung des Klägers allein, oder erst durch die Leistung aller übrigen Mitgesellschafter des Beklagten gebildet? Planck nimmt hierzu bei der Gesellschaft keine Stellung. Er führt jedoch an einer anderen Stelle [68]) folgendes aus: Wenn ein Teilgläubiger, der den ihm obliegenden Teil der Leistung bereits bewirkt hat, nunmehr von dem Schuldner den entsprechenden Teil der Gegenleistung verlangt, so kann der Schuldner diesen Teil verweigern, und zwar solange, bis er die Leistung aller Gläubiger erhalten hat. Die „ganze Gegenleistung" für den vom Schuldner geforderten Teil ist also nach Planck nicht nur die Leistung des einen Gläubigers, sondern erst die Leistungen aller. Das müßte folgerichtig erst recht dann gelten, wenn, wie es bei der Gesellschaft der Fall ist, der eine aus der Gläubigermehrheit nicht nur einen Teil, sondern die ganze Leistung des Beklagten fordert. Nun ist jedoch zu berücksichtigen, daß Planck eine gemeinschaftliche Verpflichtung der Gläubigermehrheit voraussetzt, und daraus muß umgekehrt gefolgert werden, daß nach seiner Meinung beim Fehlen dieser Voraussetzung die „ganze Gegenleistung" schon die von dem einen Gläubiger allein zu bewirkende Leistung ist.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Ebensowenig wie das Vorhandensein einer gemeinschaftlichen Verpflichtung eine allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Satz 2 ist, kann es für den Begriff der „ganzen Gegenleistung" wesensbestimmend sein. Vielmehr ist, genau so wie bei einer Teilgläubiger- und Teilschuldnerschaft, bei der ja ebenfalls

68) Planck aaO. Anmerkung 2 zu § 320.

jeder Gläubiger selbständig berechtigt und verpflichtet ist, auch in dem Falle, daß bei einer Gesamthandsgemeinschaft sich jeder der mehreren Gäubiger dem Schuldner selbständig verpflichtet hat, erst die Leistung aller die „ganze Gegenleistung" im Sinne des fraglichen Satz 2. Das Gegenteil wäre mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages unvereinbar. Der Schuldner hat seine Gegenleistung nicht nur versprochen, um die Leistung eines Gläubigers zu erhalten, sondern um der Leistung aller willen. So ist es auch bei der Gesellschaft. Wenn hier der erfüllungsbereite Gesellschafter gegen einen seiner Mitgesellschafter klagt, so bietet er dem Beklagten wohl die ihm obliegende Beitragsleistung an, die ganze Gegenleistung aber, bis zu deren Bewirkung der Beklagte die Erfüllung verweigern kann, ist nicht nur der Beitrag des Klägers allein, sondern die Beiträge sämtlicher anderen Mitgesellschafter. Auch hier hat der Beklagte seinen Beitrag nicht nur versprochen, damit auch der Kläger eine gleiche Verpflichtung auf sich nehme, sondern damit jeder der anderen Kontrahenten sich ebenfalls zur Beitragsleistung verpflichte. Demzufolge bilden für den Beklagten erst die Leistungen aller Mitgesellschafter, nicht nur gerade die des Klägers, die „ganze Gegenleistung" im Sinne des Satz 2 des § 320 Abs. 1. Solange also auch nur ein Gesellschafter säumig ist, ist die „ganze" Gegenleistung, um derentwillen der Beklagte seinen Beitrag versprochen hat, noch nicht bewirkt.

Wir können also zusammenfassend feststellen, daß es dem Wortlaut des Gesetzes nicht widerspricht, wenn man dem beklagten Gesellschafter die Einrede des nichterfüllten Vertrages auch in dem Falle zubilligt, daß zwar nicht der Kläger selbst, aber ein dritter Gesellschafter ebenfalls mit der Bewirkung der Beitragsleistung im Rückstande ist.

Entsprechen nun aber auch in diesem Falle das Wesen und die Wirkungen der Einrede den Besonderheiten der Gesellschaft?

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages bezweckt, den Verklagten vor einem unbilligen Verlangen des Klägers zu schützen. Demzufolge haben wir in dem Falle, daß gerade der klagende Gesellschafter nicht bereit war, seiner Verpflichtung zur Beitragszahlung nachzukommen, dem Beklagten die Einrede zugebilligt, denn der Kläger verlangte offensichtlich etwas Unbilliges. Nun hat aber der Kläger seinerseits erfüllt, bezw. er ist zur Erfüllung bereit, nur die Beiträge anderer Mitgesellschafter stehen

noch aus. Verlangt der Kläger hier ebenfalls etwas Unbilliges, wenn er nunmehr den Beklagten in Anspruch nimmt? Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu bejahen: Wenn man dem Beklagten die Einrede versagt, so wird er zur Leistung schlechthin verurteilt. Dadurch wird er allerdings dem Kläger gegenüber nicht vorleistungspflichtig, denn dieser hat ja bereits geleistet oder ist zur gleichzeitigen Leistung bereit. Andererseits gelangt aber der Beitrag des Beklagten nicht in die Tasche des Klägers, sondern in das Gesellschaftsvermögen. Er kommt also allen Gesellschaftern zugute, mithin auch denjenigen, die noch nicht geleistet haben. Diese letzteren haben aber noch gar keinen Anspruch auf den Vorteil, der für sie in der Einbringung des fraglichen Beitrags des Beklagten zum Gesellschaftsvermögen liegt, denn auch sie können nur verlangen, daß der Beklagte zur gleichen Zeit wie sie erfülle, und ihre Leistungen stehen noch aus. Die Verweigerung der Einrede hat also für den Beklagten zur Folge, daß er auch zur Leistung an diejenigen Genossen verurteilt wird, denen er, falls sie gegen ihn klagen würden, mit Erfolg die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegenhalten könnte. Mit anderen Worten, verurteilt man den Beklagten entsprechend dem Verlangen des Klägers, so wird er den anderen säumigen Mitgesellschaftern gegenüber zur Vorleistung gezwungen.

Dieses Ergebnis widerspricht aber vollständig dem Sinn des Gesellschaftsvertrages und dem Willen der Vertragsschließenden, denn durch den Zwang zur Vorleistung vergrößert sich die Beitragspflicht des verurteilten Gesellschafters im Verhältnis zu den anderen säumigen Genossen. Wenn diese anderen nicht mehr erfüllen können, dann hat er die Lasten und die Gefahr des Gesellschaftsunternehmens wenn auch nicht vollständig allein, so doch in weit höherem Maße zu tragen, als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, wobei ihm lediglich der zweifelhafte Trost zur Seite steht, daß auch der Kläger mit ihm hereingefallen ist.

Wir sehen also, daß es für den Beklagten eine unbillige Härte bedeutet, wenn man ihm die Möglichkeit nimmt, die Säumigkeit der anderen Genossen mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend zu machen. Diese Unbilligkeit tritt besonders scharf hervor in dem Grenzfall, daß nur der Kläger allein vertragstreu ist, und alle übrigen Genossen säumig sind. Sie ist jedoch ebenfalls vorhanden, wenn die Säumigkeit nur für einen Teil der

Mitgesellschafter zutrifft. Solange auch nur ein Gesellschafter außer dem Beklagten im Rückstande ist, wird der Beklagte diesem gegenüber vorleistungspflichtig gemacht und seine Beitragspflicht erhöht.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch Planck[69]), indem er ausführt, „es muß der in Anspruch genommene Gesellschafter nun auch an diejenigen Gesellschafter mitleisten, welchen gegenüber ihm die Einrede zustand". Planck meint jedoch, dies sei „eine Folge der eigentümlichen Natur des Gesellschaftsvertrages und dürfte der Billigkeit nicht widersprechen". Das ist jedoch nicht zutreffend, denn wir haben gesehen, daß die Folgen der Verweigerung der Einrede für den Beklagten durchaus nicht billig sind.

So gibt auch Meyer[70]), der die Einrede im vorliegenden Falle ausschließt, doch im Grunde genommen zu, daß dieser Ausschluß für den Beklagten eine Härte darstellt. Er hält aber trotzdem an seiner Ansicht, daß dem Beklagten die Einrede zu verweigern sei, fest und begründet dies damit, daß die Gesellschaft in großem Maße ein Vertrauensverhältnis ist, und daß der Beklagte ja bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages genügend Gelegenheit gehabt hat zu prüfen, ob die Persönlichkeit und die Vermögensverhältnisse seiner künftigen Mitgesellschafter das diesen entgegengebrachte Vertrauen rechtfertigen werden. Unterlasse er diese Prüfung, oder irre er sich dabei, so müsse er die Folgen in Kauf nehmen. Daß er auf diese Weise anderen säumigen Genossen gegenüber zur Vorleistung gezwungen werden könne, das sei eine Gefahr, „die im Wesen des Gesellschaftsvertrages begründet liege und vor der geschützt zu werden er nicht beanspruchen könne[71]). Die Notwendigkeit dieser Schlußfolgerung kann nicht eingesehen werden. Wie soll denn der Beklagte auch bei eingehender Prüfung der persönlichen und sonstigen Verhältnisse seiner Vertragsgegner voraussehen können, ob sie später einmal säumig werden?

Wir sehen also, daß das Bedürfnis, dem Beklagten durch die Zulassung der Einrede einen Schutz gegen ein unbilliges Verlangen des Klägers zu gewähren, auch dann vorhanden ist,

69) aaO. Vorbemerkung IV, 1, b zu Titel 14.
70) aaO. S. 35.
71) s. Meyer aaO. S. 39/40.

wenn zwar der Kläger erfüllt hat, jedoch die Beiträge anderer Genossen ebenfalls noch ausstehen.

Nun bleibt aber wieder die Frage, ob auch die Wirkungen der Einrede des nichterfüllten Vertrages mit dem Wesen und Zweck der Gesellschaft vereinbar sind.

Gibt man dem Beklagten die Einrede, so ergibt sich folgendes Bild: Ein Gesellschafter, der seinen Verpflichtungen bereits nachgekommen ist oder hierzu bereit ist, verlangt nunmehr, daß auch seine Mitgesellschafter die ihnen obliegenden Gesellschaftsbeiträge an die gemeinsame Kasse leisten. Soweit die anderen Gesellschafter diesem Verlangen nicht gutwillig nachkommen, muß er jeden von ihnen auf Leistung des Beitrags an die Gesellschaftskasse verklagen. Klagt er aber jetzt gegen einen der säumigen Genossen, so wendet dieser ein, daß seine — oder sein — Mitgesellschafter gleichfalls noch mit der Beitragsleistung säumig sind und erhebt deshalb die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Der Kläger wird nun zwar nicht schlechthin abgewiesen, aber er erlangt nur ein Urteil gemäß § 322 Abs. 1, d. h. der Beklagte wird nur verurteilt zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Beiträge aller übrigen säumigen Gesellschafter. Mit einem solchen Urteil ist dem Kläger aber nicht gedient, denn wie Philipp [72]) zutreffend ausführt, müßte er, um das Urteil vollstrecken zu können, die übrigen säumigen Mitglieder zwingen, dem Beklagten die ihnen obliegenden Beiträge anzubieten. Das kann der Kläger aber nicht. Er müßte also auch die anderen rückständigen Genossen einzeln verklagen, und von diesen könnte wiederum jeder sich einredeweise darauf berufen, daß die anderen noch nicht geleistet haben, sodaß der Kläger ebenfalls nur Zug um Zug-Urteile erhält, die ihn keinen Schritt weiter bringen.

Zwar hätte natürlich der Kläger an sich die Möglichkeit, sämtliche noch ausstehenden Beiträge selbst zu leisten und könnte dadurch dem Beklagten die Einrede, daß andere Gesellschafter noch säumig sind, vonvornherein nehmen. Er könnte auch durch Anbieten aller dieser Leistungen die Zwangsvollstreckung durchführen. Dabei könnte er sich ja einen Rückgriff gegen diejenigen Genossen, deren Verpflichtungen er erfüllt, vorbehalten. Ein solches Verfahren kann jedoch dem Kläger schlechterdings nicht

72) aaO. S. 46.

zugemutet werden. Einmal wird es ihm oft garnicht möglich sein, alle noch ausstehenden Beiträge von sich aus aufzubringen, und zweitens würde er der Gefahr ausgesetzt, daß er, wenn sein Regreß fruchtlos ausfällt, die Lasten der Gesellschaft allein zu tragen hat. Hierdurch wird also kein Ausweg geschaffen.

Auch § 274 Abs. 2 gewährt keine Hilfe; denn um den Beklagten in Annahmeverzug zu versetzen, müssen ihm alle noch ausstehenden Beiträge angeboten werden, und das kann der Kläger eben nicht erreichen.

Die Zulassung der Einrede hat also zur Folge, daß der Kläger immer nur Urteile erhält, aus denen er die Zwangsvollstreckung nicht betreiben kann, und das bedeutet eine Nichterzwingbarkeit der Beitragsleistungen schlechthin. Dieses Ergebnis widerspricht aber nicht nur dem Zweck des Klageverfahrens und des Urteils, das ja gerade dazu dienen soll, den Anspruch des Klägers im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung zu bringen, sondern bedeutet auch eine schwere Gefahr für den Kläger und die ganze Gesellschaft selbst. Die Gesellschaft ist auf das vollständige und rechtzeitige Einkommen der Beiträge angewiesen. Wenn diese aber notfalls nicht zwangsweise eingetrieben werden können, so ist die Erreichung des gemeinsamen Zweckes und damit die Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses erheblich gefährdet.

Da diese Tatsachen zweifelsohne gegen die Anwendbarkeit der Einrede sprechen, halten es viele für notwendig, ihre Zulassung auf den Fall zu beschränken, daß der Kläger selbst noch nicht erfüllt hat. Hat er aber geleistet, „dann steht ihm nicht entgegen, daß ein dritter Gesellschafter die Leistung des anderen noch nicht verlangen könnte“ [73]). Eine von diesem Grundsatz abweichende Ausnahme ist nur für den Fall anzuerkennen, daß „eine bestimmte Reihenfolge der Leistungen derart vereinbart ist, daß die Vorleistung des einen die Voraussetzung für die Leistung des anderen ist“ [74]).

Es ist zuzugeben, daß diese Ansicht vom Standpunkt des Klägers und der Gesellschaft aus gerechtfertigt erscheint. Sie hat

73) Knoke aaO. S. 43.
74) Planck aaO. Vorbemerkung IV zu Titel 14.

aber den Nachteil, daß sie die Härten, die für den Beklagten in der Verweigerung der Einrede liegen, bestehen läßt.

Um diese Härten zu mildern, macht Meyer [75]) den Vorschlag, den § 321 BGB. zu einer Ergänzung des § 320 herbeizuziehen und seine Anwendbarkeit dahingehend zu erweitern, daß „der Beklagte in allen Fällen, in denen sich die Vermögensverhältnisse eines dritten Gesellschafters nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages so wesentlich verschlechtert haben, daß der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist, dem Kläger den § 321 entgegenhalten kann". Der Beklagte soll also — soweit die Voraussetzungen des nach § 321 vorliegen — zur Geltendmachung der Rechte aus § 321 auch dann befugt sein, wenn er eine besondere Vorleistungspflicht nicht übernommen hat. Durch diese Lösung wird dem Beklagten aber kein ausreichender Schutz gewährt. Sie mindert die in der Verweigerung der Einrede liegende Härte lediglich für den Fall, daß der andere säumige Genosse nicht mehr zur Leistung imstande ist, ungemindert bleibt sie jedoch für den Fall, daß die Rückständigkeit des dritten Gesellschafters auf bösem Willen beruht. Klagt also der leistungsbereite Gesellschafter A gegen den B, und ist der ebenfalls säumige Mitgesellschafter X nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages in Vermögensverfall geraten, so kann der B dem A gegenüber die Beitragsleistung verweigern, bis der dem X obliegende Beitrag bewirkt oder Sicherheit für ihn geleistet wird. Der Beklagte braucht also dem X und etwaigen anderen ebenfalls rückständigen Genossen gegenüber nicht vorzuleisten. Will aber der X nicht erfüllen, obschon er es könnte, so muß der Beklagte ihm gegenüber vorleisten. Wie aber nun, wenn dieser X nach der Vorleistung des Beklagten in Vermögensverfall gerät? Dann würde der Beklagte doch trotz seiner Leistung der Gegenleistung des X verlustig gehen. Die in dem Zwang zur Vorleistung ruhende Gefahr bleibt also bestehen. Daß dieses Ergebnis dem Gesetz oder auch nur der Billigkeit entspricht, ist nicht einzusehen.

Unbrauchbar ist auch der von Nicolai [76]) gemachte Vorschlag dahingehend, daß man zu unterscheiden habe zwischen „gewöhnlichen Jahresbeiträgen" und „größeren Kapitalsanlagen" und nun bei ersteren die Einrede verweigern, bei letzteren aber zu

75) aaO. S. 39 f.
76) aaO. S. 40 ff.

gewähren habe. Eine solche Unterscheidung ist im Gesetz keineswegs vorgesehen und kann auch nicht ohne weiteres als von den Vertragsschließenden beabsichtigt unterstellt werden. Ferner würde dieses Verfahren die in der Verweigerung der Einrede liegenden Härten nur in den wenigen Fällen, in denen es sich um „Kapitalseinlagen" handelt, beseitigen, im übrigen aber keine Abhilfe schaffen.

Es ist daher ein anderer Weg zu suchen, um die mit dem Gesellschaftsverhältnis unvereinbaren Wirkungen der Einrede des nichterfüllten Vertrages zu beseitigen. Sie bestanden darin, daß der Kläger nur Zug um Zug-Urteile erhält, die er nicht vollstrecken kann. Diese schädlichen Folgen lassen sich aber dadurch vermeiden, daß man die Vorschriften des § 322 Abs. 1 über Verurteilung Zug um Zug und des § 274 Abs. 2 über die Zwangsvollstreckung nach Annahmeverzug des Gegners dem Gesellschaftsverhältnis Rechnung tragend folgendermaßen abändert:

Wendet der Beklagte in dem Rechtsstreit mit dem erfüllungsbereiten Kläger ein, daß er nicht eher leiste, bis auch die übrigen säumigen Genossen in gleichem Verhältnis wie er die ihnen obliegenden Beitragsleistungen bewirken, so erhält der Kläger kein Zug um Zug-Urteil gemäß § 322 Abs. 1, sondern der Beklagte wird zur gleichzeitigen Leistung mit allen übrigen säumigen Gesellschaftern verurteilt. Will der Kläger nun das Urteil vollstrecken, so muß er alle anderen rückständigen Genossen zur gleichzeitigen Leistung mit dem Beklagten zwingen. Dies zu erreichen fällt ihm aber nicht schwer. Er klagt gegen alle übrigen Gesellschafter zusammen darauf, daß sie im gleichen Verhältnis wie der erste Beklagte ihren Verpflichtungen nachkommen. In diesem Rechtsstreit bietet der Kläger wiederum seine Leistung an und beantragt, sämtliche Beklagte zur gleichzeitigen Leistung an die Gesellschaftskasse zu verurteilen. Gegenüber diesem Verlangen kann keiner der Beklagten mit Erfolg einwenden, daß seine Mitgesellschafter gleichfalls säumig sind. Der Kläger verlangt ja von keinem eine Vorleistung, sondern eine gleichzeitige Leistung aller. Er fordert also eine Erfüllung der Beitragspflichten so, wie sie im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, denn in diesem Vertrage haben sich eben alle zur gleichzeitigen Leistung verpflichtet. Das Verlangen des Klägers ist also kein unbilliges und birgt für keinen der Beklagten eine Gefahr in sich. Demzufolge hat eine Verur-

teilung der Beklagten gemäß dem Klageantrag zu erfolgen. Auf Grund dieses Urteils kann der Kläger nunmehr gegen alle säumigen Mitgesellschafter mit Vollstreckungsmaßnahmen vorgehen.

Die Zwangsvollstreckung selbst gestaltet sich naturgemäß ebenfalls anders als in § 274 Abs. 2 vorgesehen. Der Kläger braucht nicht erst alle Beklagten in Annahmeverzug zu versetzen, sondern kann die Urteile ohne weiteres vollstrecken lassen. Erforderlich ist nur, daß die Vollstreckung gegen alle Verurteilten in gleicher Weise betrieben wird. Das bedeutet folgendes: An sich ist die Reihenfolge, in der die einzelnen verurteilten Gesellschafter zwangsweise in Anspruch genommen werden, gleichgültig. Der Gerichtsvollzieher kann also bei einem beliebigen Verurteilten mit der Zwangsvollstreckung beginnen. Der jeweils bei einem der Beklagten zwangsweise eingezogene Beitrag darf jedoch nicht sofort in das Gesellschaftsvermögen überführt werden, sondern mit diesem Teil der Vollstreckung muß gewartet werden, und zwar solange, bis die Leistungen aller anderen Beklagten beigetrieben sind. Erst dann hat die Ueberführung der Beiträge, und zwar nunmehr sämtlicher, an die Gesellschaftskasse zu erfolgen. Diese Art der Zwangsvollstreckung dürfte keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Der Gerichtsvollzieher geht der Reihe nach gegen jeden der Verurteilten mit Vollstreckungsmaßnahmen vor. Die bei den Einzelnen eingezogenen Leistungen werden von ihm hinterlegt oder, falls sie nicht zur Hinterlegung geeignet sind, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert. Ist die Vollstreckung gegen alle Verurteilten erfolgreich durchgeführt, dann läßt sich der Gerichtsvollzieher die Beiträge von der Hinterlegungsstelle oder dem Verwahrer wieder aushändigen und bringt sie in das Gesellschaftsvermögen ein. Damit ist die Vollstreckung beendet. Wie diese Einbringung der Beiträge im einzelnen erfolgt, läßt sich nicht allgemein festlegen. Hierfür ist vielmehr der Einzelfall ausschlaggebend. Bestehen beispielsweise die Beiträge in Geld, und ist für die Gesellschaft ein besonderes Bankkonto eingerichtet, so werden die eingezogenen Beiträge von dem Gerichtsvollzieher auf dieses Konto eingezahlt. Bestehen die Beiträge in anderen Sachen als Geld, so werden regelmäßig irgendwelche für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmte Räume vorhanden sein, in die der Gerichtsvollzieher die Sachen alsdann zu überführen hat.

Fällt die Vollstreckung gegen einen oder mehrere Beklagte fruchtlos aus, so darf eine Ablieferung der bereits eingezogenen Beiträge an das Gesellschaftsvermögen nicht erfolgen, denn jeder Beklagte ist nur zur gleichzeitigen Leistung mit sämtlichen anderen Mitbeklagten verurteilt worden. In diesem Falle erwächst den leistungsfähigen Beklagten ein Einwand gegen das Urteil und dessen Vollstreckung. Sie können Herausgabe der von ihnen eingezogenen Beiträge verlangen und diesen Anspruch notfalls mit der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO. geltend machen.

Bei dieser Art und Weise der Zwangsvollstreckung wird keiner der Beklagten der Gefahr ausgesetzt, seinen Beitrag an die Gesellschaftskasse leisten zu müssen, ohne daß auch die anderen Mitgesellschafter in gleicher Weise zur Erfüllung ihrer Beitragspflichten herangezogen werden; denn die Leistung des einzelnen gelangt nur dann in das Gesellschaftsvermögen, wenn auch die Beiträge der anderen eingebracht werden. Die Erfüllung der Beitragspflichten erfolgt also genau so, wie sie im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist.

Eine Gefährdung des Gesellschaftszweckes ist bei dieser Art der Zwangsvollstreckung gleichfalls nicht zu besorgen. Haben die erfüllungsbereiten und leistungsfähigen Genossen ein Interesse an dem Fortbestehen eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses, so können sie zunächst die Gesellschaft wegen der Zahlungsunfähigkeit des oder der anderen Mitgesellschafter gemäß § 723 Abs. 1, Satz 2 fristlos kündigen und dann unter sich eine neue Gesellschaft ins Leben rufen, oder, falls die Voraussetzungen des § 737 vorliegen, den oder die zahlungsunfähigen Genossen ausschließen und dann das Gesellschaftsverhältnis unter sich fortsetzen.

Durch die von uns vorgeschlagene Abänderung der Vorschriften der §§ 322 Abs. 1 und 274 Abs. 2 zwingt man zwar den Kläger, außer der Klage gegen den ersten Beklagten noch eine weitere gegen alle anderen säumigen Gesellschafter anzustrengen. Die hierin liegende Verzögerung kann er jedoch dadurch vermeiden, daß er vonvornherein gegen sämtliche säumigen Genossen, die nicht freiwillig erfüllen, auf gleichzeitige Leistung klagt.

Dasselbe Verfahren ist naturgemäß dann anzuwenden, wenn der Beklagte sich gemäß § 320 Abs. 2 einredeweise darauf beruft, daß andere Gesellschafter noch nicht vollständig erfüllt haben. In diesem Falle wird der Beklagte verurteilt, seinen Beitrag gleich-

zeitig mit der vollständigen und ordnungsmäßigen Leistung seiner Mitgesellschafter zu bewirken.

Auch § 321 bereitet keine Schwierigkeiten. Wird ein vorleistungspflichtiger Genosse auf seinen Beitrag belangt, und wendet er ein, daß ein anderer Mitgesellschafter nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages in Vermögensverfall geraten sei, so wird er nur zur gleichzeitigen Leistung mit diesem Genossen verurteilt bezw. zur Leistung gleichzeitig mit dessen Sicherheitsleistung. Der Kläger muß nunmehr gegen denjenigen Gesellschafter, dessen Vermögensverhältnisse sich in der in § 321 bezeichneten Weise verschlechtert haben, Klage erheben mit dem Antrag, diesen Beklagten zu verurteilen, seinen Beitrag oder die Sicherheitsleistung dafür gleichzeitig mit dem ersten Beklagten zu leisten.

Die Zwangsvollstreckung muß dann gegen beide Beklagte in der obenbezeichneten Weise betrieben werden. Der Gerichtsvollzieher kann also nach seinem Belieben bei einem der beiden mit der Vollstreckung beginnen, er darf jedoch den Beitrag des Vorleistungspflichtigen erst dann an die Gesellschaftskasse abliefern, wenn er den Beitrag des anderen Genossen oder zumindest dessen Sicherheitsleistung hierfür erhalten hat. Desgleichen darf er, wenn er zunächst gegen den in Vermögensverfall geratenen Gesellschafter die Vollstreckung betrieben hat, dessen Beitrag erst dann in das Gesellschaftsvermögen einbringen, wenn er auch gegen den vorleistungspflichtigen Genossen mit Erfolg vollstreckt hat. Fällt die Zwangsvollstreckung gegen denjenigen, der in Vermögensverfall geraten ist, fruchtlos aus und wird auch keine Sicherheit geleistet, so darf gegen den an sich vorleistungspflichtigen Beklagten nicht vollstreckt werden, und ist dies bereits geschehen, so ist der von ihm eingezogene Beitrag, der ja inzwischen in Verwahrung genommen worden ist, nicht an die Gesellschaftskasse abzuführen, sondern dem Beklagten zurückzugeben. Entsprechendes gilt naturgemäß für den umgekehrten Fall, daß von dem vorleistungspflichtigen Gesellschafter nichts zu erlangen ist.

Unsere Lösung, die im wesentlichen der von Warneyer[77]), Enneccerus-Lehmann[78]) und Oertmann[79]) vertretenen Ansicht

77) aaO. Anmerkung V zu § 705.
78) aaO. § 173, III.
79) aaO. Anmerkung 4 c zu § 705.

entspricht, findet allerdings im Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt. Das steht jedoch ihrer Richtigkeit nicht entgegen. Die Vorschriften der §§ 320 bis 322 befinden sich im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes. Sie haben also nur insoweit unverändert Anwendung zu finden, als nicht im besonderen Teil eine abweichende Regelung getroffen ist. Ausdrücklich ist nun zwar eine solche abweichende Regelung in den Bestimmungen über die Gesellschaft nicht ausgesprochen. Ihre Notwendigkeit ergibt sich jedoch aus den Besonderheiten dieses Rechtsinstituts, und das genügt. Gerade der Umstand, daß der Gesetzgeber die Frage, ob und inwieweit die §§ 320 ff. auf die Gesellschaft Anwendung zu finden haben, bewußt unbeantwortet gelassen hat [80]), beweist, daß er eine modifizierte Anwendung dieser Bestimmungen in Betracht gezogen hat und nicht ausschließen wollte. Auch hieraus folgt, daß eine dem Gesellschaftsverhältnis angepaßte Aenderung der allgemeinen Vorschriften dem Sinne des Gesetzes nicht zuwiderläuft.

Wenn wir eingangs davon ausgegangen sind, daß wir uns für die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages dann entscheiden können, wenn es einen Weg gibt, die an ihre Geltendmachung geknüpften nachteiligen Folgen zu beseitigen, so können wir nunmehr feststellen, daß wir durch die Besonderheit unseres Verfahrens diesen Ausweg gefunden haben, und daß somit der Zulassung der fraglichen Einrede keine Bedenken mehr entgegenstehen.

Damit sind wir am Ende unserer Betrachtungen darüber, ob dem Beklagten die Einrede des nichterfüllten Vertrages auch dann zu gewähren ist, wenn zwar der Kläger selbst erfüllt hat oder erfüllungsbereit ist, aber die Leistung eines Dritten noch aussteht, angelangt. Ihr Ergebnis ist, daß wir dem Beklagten auch in einem solchen Falle die Einrede zubilligen, jedoch ihre Wirkungen dem Wesen der Gesellschaft Rechnung tragend abändern. Diese Aenderung besteht zusammenfassend darin, daß die Geltendmachung der Einrede nicht zu einem Zug um Zug-Urteil führt, sondern zu einer Verurteilung des Beklagten zur gleichzeitigen Leistung mit den anderen säumigen Mitgesellschaftern. Durch dieses Verfahren erreichen wir, daß einmal kein Genosse den anderen gegenüber zur Vorleistung gezwungen wird

80) s. oben S. 32.

und andererseits die ausstehenden Beitragsleistungen sehr wohl erzwungen werden können. Unsere Ansicht stellt somit eine Lösung dar, die mit dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses in Einklang steht und auch der Billigkeit durchaus entspricht.

III. Kapitel.

Die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Beitragsklage der Gesellschaft.

Wir haben bisher den Fall erörtert, daß ein einzelner Gesellschafter kraft seines eigenen Gläubigerrechtes gegen seine Mitgesellschafter vorgeht. Die Beitragsforderungen haben jedoch eine doppelte Natur. Sie sind einmal Forderungen der einzelnen Gesellschafter gegeneinander, zweitens sind sie Forderungen der Gesellschaft selbst. Somit kann auch die Gesellschaft von sich aus ihre Rechte auf die Beiträge geltend machen, indem sie durch ihren oder ihre Geschäftsführer die Leistungen der Mitglieder einziehen bezw. einklagen läßt.

Kann sich nun auch in einem solchen Falle der Beklagte dem Geschäftsführer gegenüber auf die Säumigkeit seiner Mitgesellschafter berufen und deshalb die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben?

Es ist zunächst wieder festzustellen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Einrede vorhanden sind. Der klagende Geschäftsführer macht eine Forderung geltend, die unmittelbar und allein aus dem Gesellschaftsvertrage entsprungen ist, denn auch das Gläubigerrecht der Gesellschaft beruht unmittelbar auf diesem Vertrage. Wenn der Beklagte gegenüber dieser Forderung die Einrede des nichterfüllten Vertrages wegen Säumigkeit der anderen Genossen erhebt, so macht er damit eine Forderung geltend, die ebenfalls auf dem Gesellschaftsvertrag beruht, denn allein auf Grund dieses Vertrages ist er berechtigt, von jedem seiner Mitgesellschafter die Leistung des diesem obliegenden Beitrags an die Gesellschaftskasse zu verlangen, und eben dieses Recht ist es, das er mit seiner Gegenforderung geltend macht. Somit entspringen Forderung und Gegenforderung aus ein und demselben gegenseitigen Vertrag. Aber diese Tatsache allein genügt noch nicht, um die Anwend-

barkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages zu begründen. Vielmehr muß zunächst hinzukommen, daß Kläger und Beklagter wechselseitig Gläubiger und Schuldner der sich gegenüberstehenden Forderungen sind. Wie steht es aber hiermit?

Gläubiger des vom Beklagten geforderten Beitrags ist die Gesellschaft. Schuldner der Gegenforderung des Beklagten müßte nun andererseits ebenfalls die Gesellschaft sein. Das ist aber nicht der Fall, denn die Beitragsforderung des Beklagten richtet sich nicht gegen die Gesellschaft als solche, sondern gegen die anderen Mitgesellschafter. Nun wird man hiergegen folgendes einwenden können: Gläubiger der gegen den Beklagten gerichteten Forderung ist zwar die Gesellschaft, und Schuldner der Gegenforderung des Beklagten sind die anderen Gesellschafter. Aber wer ist denn die Gesellschaft? Sie ist keineswegs eine juristische Person, die ihren Mitgliedern als Dritter gegenübertritt, sondern ist ja nichts anderes als die Gesamtheit sämtlicher Gesellschafter, und eben diese sämtlichen Gesellschafter sind es gerade, die Schuldner der Gegenforderung des Beklagten sind. Somit handelt es sich um eine Forderung aller in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Genossen, der eine Forderung des Beklagten gegen alle diese Genossen gegenübersteht. Mit anderen Worten, Gläubiger des vom Geschäftsführer eingeklagten Beitrags sind alle Gesellschafter, und diese Gesellschafter sind gleichzeitig Schuldner der Gegenforderung des Beklagten. Da ferner die Beitragsleistung aller dieser Gesellschafter als Entgelt für den Beitrag des Beklagten versprochen ist, muß der Beklagte auch gegenüber der Beitragsforderung der Gesellschaft die Einrede, daß andere Genossen ebenfalls säumig sind, vorbringen können[81]). Die Wirkungen der Einrede erfahren dann naturgemäß dieselbe Abänderung, wie sie in dem vorigen Fall, in welchem ein Gesellschafter als solcher die Beitragsforderung geltend macht, dargetan ist.

Diese Betrachtung scheint mir jedoch dem Wesen der Gesellschaft nicht gerecht zu werden. Allerdings bilden alle diejenigen Genossen, denen gegenüber die Gegenforderung des Beklagten besteht, mit Einschluß des Beklagten selbst die Gesellschaft, also die Gläubigerin der gegen den Beklagten gerichteten Forderung. Trotzdem kann man nicht davon sprechen, daß die durch den Geschäftsführer vertretene Gesellschaft und der Beklagte wechsel-

81) so Staudinger aaO. Anmerkung II, 2, b zu § 705.

seitig Gläubiger und Schuldner sind. Schuldner der Gegenforderung des Beklagten ist der einzelne Genosse, und soweit die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, ist Schuldner die Summe der einzelnen Mitglieder, mit Ausschluß des Beklagten selbst, der andererseits in der klagenden Gesellschaft mitenthalten ist. Die Gesellschaft ist aber mehr als die bloße Summe dieser einzelnen Genossen, deren Gläubiger der Beklagte ist. Sie ist zwar kein von ihren Mitgliedern losgelöster selbständiger Organismus in der Form, wie es bei einer juristischen Person der Fall ist. Andererseits ist in der Gesellschaft durch die Schaffung des von dem Prinzip der gesamten Hand beherrschten Sondervermögens ein Rechtsverhältnis besonderer Art geschaffen worden, das, ohne eigene Rechtspersönlichkeit zu haben, dennoch Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Die Gesellschafter werden also zu einer Einheit verschmolzen, die zwar nicht vollständig getrennt neben die einzelnen Mitglieder tritt, die jedoch soviel Selbständigkeit besitzt, daß sie in vermögensrechtlicher Hinsicht den einzelnen Genossen fast wie eine dritte Person gegenübersteht, und die von der rein zahlenmäßigen Summe der einzelnen Gesellschafter verschieden ist. Diese selbständige Einheit der Gesellschafter ist Gläubigerin der gegen den Beklagten gerichteten Beitragsforderung, nicht etwa die Gesellschafter A + B + C + D usw., denen gegenüber die Gegenforderung des Beklagten besteht. Daraus folgt, daß die bloße Summe der einzelnen Gesellschafter, die Schuldner der Gegenforderung des Beklagten sind, nicht identisch ist mit der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin des Beklagten.

Wenn also die Gesellschaft als solche von ihrem Recht auf die Gesellschaftsbeiträge Gebrauch macht, so ist sie hinsichtlich dieser Beiträge nur Gläubigerin des Beklagten, nicht auch dessen Schuldnerin, denn nicht sie schuldet dem Beklagten die Gegenleistung, sondern die einzelnen anderen Gesellschafter. Die Einrede des Beklagten, daß andere Mitglieder ebenfalls säumig sind, besteht demzufolge auch nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern gegenüber der von dieser verschiedenen Summe seiner übrigen Mitgesellschafter.

Nun ist aber folgendes zu beachten: Wie bereits gesagt, hat der Gesellschaftsvertrag eine Aehnlichkeit mit dem Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB.). Jeder einzelne Gesell-

schafter ist Versprechender, die anderen einzelnen Mitgesellschafter sind die Versprechensempfänger, und die Gesellschaft ist zwar rechtlich nicht ein Dritter im Sinne von § 328, hat aber hinsichtlich ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen dessen Rechtsstellung. Ebenso wie in § 328 Abs. 1 der Dritte allein durch diesen Vertrag ein Recht erwirbt, so erwirbt auch die Gesellschaft unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag ein selbständiges Recht auf die Beiträge, das ihr grundsätzlich nicht wieder entzogen werden kann. Im Hinblick auf diese Aehnlichkeit des Gesellschaftsvertrages mit dem Vertrag gemäß § 328 muß man den in § 334 für letzteren Vertrag aufgestellten Grundsatz analog auch auf die Gesellschaft Anwendung finden lassen. § 334 sagt: „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu". Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß der Schuldner nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn er sich zur Leistung an den Versprechensempfänger selbst verpflichtet hätte. Deshalb kann er grundsätzlich alle Einwendungen, die er letzterem entgegenhalten könnte, auch dem Dritten gegenüber geltend machen. Wenn wir nun diesen Grundsatz auf die Gesellschaft ausdehnen, so bedeutet das, daß dem von der Gesellschaft auf seinen Beitrag belangten Genossen alle Einreden aus dem Gesellschaftsvertrage, die er den einzelnen Mitgesellschaftern entgegensetzen könnte, auch gegenüber der Gesellschaft zustehen. Zu diesen Einwendungen gehört, da der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, in erster Linie die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Daraus folgt, daß der Gesellschafter auch gegenüber der Beitragsforderung der Gesellschaft die Einrede, daß andere Mitglieder ebenfalls säumig sind, vorschützen kann.

Nun bleibt jedoch wieder zu prüfen, ob auch hier das Wesen und der Zweck der Einrede dem Gesellschaftsverhältnis entsprechen, und das ist, wie wir sehen werden, nicht der Fall.

Wenn man dem auf die Leistung des Beitrags in Anspruch genommenen Gesellschafter die Einrede des nichterfüllten Vertrages verweigert, so wird er seinen Mitgesellschaftern gegenüber vorleistungspflichtig gemacht. Diese Folge empfanden wir in dem vorigen Fall, in welchem ein Gesellschafter mit der Einzelklage die Beitragsforderungen geltend machte, als unbillige Härte gegenüber dem Beklagten und haben deshalb die Einrede zugelassen. Dieser Grund fällt jedoch fort, wenn der Geschäftsführer

der Gesellschaft die Beiträge einzieht, denn in diesem Falle ist die in dem Zwang zur Vorleistung liegende Härte nicht oder zumindest in viel geringerem Maße vorhanden. Da die Einziehung der Beiträge zu der Geschäftsführung gehört [82]), ist der Geschäftsführer anders als der gewöhnliche Gesellschafter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von allen Genossen — nicht nur gerade von dem Beklagten — die Beiträge einzuziehen. Somit kann der von dem Geschäftsführer in Anspruch genommene Gesellschafter mit gewisser Sicherheit damit rechnen, daß auch die übrigen rückständigen Mitglieder in gleicher Weise wie er zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen und damit zur Förderung des gemeinschaftlichen Zweckes herangezogen werden. Die Möglichkeit, daß ein oder der andere gleichfalls säumige Genosse inzwischen zahlungsunfähig geworden ist, und dadurch der Beklagte in die Lage versetzt wird, die Lasten des Gesellschaftsunternehmens in höherem Maße tragen zu müssen, als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, bleibt allerdings bestehen. Die hierin liegende Härte und Gefahr wird jedoch dadurch wesentlich gemindert, daß dem Beklagten in einem solchen Falle ein Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer erwachsen kann. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Belange aller Gesellschafter wahrzunehmen. Er hat deshalb, wenn er von der bereits eingetretenen oder bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit eines Genossen Kenntnis erlangt, den anderen hiervon unverzüglich Mitteilung zu machen, sodaß diese noch rechtzeitig die Möglichkeit haben, das Gesellschaftsverhältnis gemäß § 723 Abs. 1, Satz 2 fristlos zu kündigen oder, falls dies vorgesehen, das zahlungsunfähige Mitglied gemäß § 737 auszuschließen. Verletzt der Geschäftsführer diese Aufklärungspflicht, oder zieht er ungeachtet seiner Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit eines oder einiger Genossen die Beiträge der Leistungsfähigen ein, so macht er sich diesen gegenüber verantwortlich. Der Umstand, daß möglicherweise auch von ihm nichts zu erlangen ist, ist nicht geeignet, die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages zu rechtfertigen. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß der Geschäftsführer ja von allen Gesellschaftern, sei es bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages, sei es später, ernannt worden ist, sodaß sie wohl auch das Vertrauen zu ihm haben können und werden, daß er die Einziehung der Beiträge

82) vergl. unten S. 63.

in einer keinen Genossen benachteiligenden Art und Weise vornimmt. Es erscheint deshalb als billig und gerecht, dem Geschäftsführer die Reihenfolge, in der er die einzelnen Mitglieder belangt, zu überlassen, und in diesem Falle die Einrede, daß andere Genossen gleichfalls noch säumig sind, zu versagen.

Bei dieser Lösung taucht die Frage auf, ob sich der Beklagte nicht dadurch helfen kann, daß er dem Geschäftsführer die Vertretungsmacht, sei es in vollem Umfange, sei es, soweit sie sich auf die Ermächtigung zur Einziehung der Beiträge namens der Gesellschaft erstreckt, durch Widerruf der Vollmacht entzieht und auf diese Weise doch einer Verurteilung zur Leistung schlechthin entgeht. Ein solcher Ausweg besteht jedoch nicht. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Geschäftsführer ist gleichzeitig Gesellschafter und
2. er ist ein Nichtgesellschafter, also ein außenstehender Dritter.

1. Für den ersten Fall gilt folgendes: Die Uebertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter ist kein selbständiger Auftrag sondern ist ein Teil des Gesellschaftsvertrages, wobei es gleichgültig ist, ob die Uebertragung in diesem Vertrage selbst oder in einem Nachtrag erfolgt ist. Sie erzeugt daher ein festes Sonderrecht und eine Sonderpflicht zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte. Der Inhalt und Umfang der Geschäftsführung wird durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sie in vollem Umfange, d. h. so, wie sie sonst allen Genossen gemeinsam zusteht, übertragen ist, also auch die Einziehung der Beiträge umfaßt [83]). Nun reicht aber die Befugnis zur Geschäftsführung nicht aus, um im Namen der Gesellschaft die Einziehung der Beiträge vornehmen zu können. Hierzu muß der Geschäftsführer vielmehr Vertretungsmacht haben, und ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob und inwieweit er Vollmacht hat. Die Erteilung einer solchen Vollmacht ist an sich in der Uebertragung der Geschäftsführung nicht enthalten. Indessen ist im Zweifel anzunehmen, daß mit der Uebertragung der Geschäftsführung die Bevollmächtigung zur Vornahme der Gesellschaftsgeschäfte verbunden ist. Der Umfang der Ermächtigung reicht dann soweit, wie die Geschäftsführungsbefugnis geht, umfaßt

83) vergleiche Lehmann aaO. § 175 A, II, 4; Siber aaO. S. 405; a. M. Planck aaO. Vorbemerkung zu §§ 709 — 713.

also regelmäßig auch die Geltendmachung der Beitragsforderungen. So stellt auch das Gesetz in § 714 die Auslegungsregel auf, daß „soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, er im Zweifel auch ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten". Diese Vertretungsmacht erstreckt sich sowohl auf gerichtliche wie auf außergerichtliche Handlungen, enthält also auch die Vollmacht zur Prozeßführung [84]). Hieraus folgt zunächst, daß der Geschäftsführer berechtigt ist, als Vertreter der Gesellschaft in deren Namen die Beiträge der Mitglieder einzuziehen und gegebenenfalls auch einzuklagen.

Diese Ermächtigung des Geschäftsführers kann nicht willkürlich widerrufen werden, sondern nur dann, wenn die Entziehung der Geschäftsführung gerechtfertigt sein würde, und wenn sie in Verbindung mit dieser erteilt ist, so kann sie nur mit ihr zusammen entzogen werden. (§ 715.) Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis wiederum ist aber nur möglich durch einstimmigen Beschluß oder, falls nach § 709 Abs. 2 Stimmenmehrheit entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter. Sie ist ferner nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. (§ 712 Abs. 1.) Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist sie unwirksam. Dasselbe gilt gemäß § 715 für die Entziehung der Vertretungsmacht.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich folgendes: Wendet ein auf die Leistung seines Beitrags verklagter Gesellschafter ein, daß er dem Geschäftsführer die Vertretungsmacht entziehe, so ist dieser Einwand schon deshalb bedeutungslos, weil die Entziehung der Vertretungsbefugnis garnicht in der Hand des Beklagten allein liegt, sondern einen Beschluß aller übrigen Genossen gemäß § 712 Abs. 1 erfordert. Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen, also dem Beklagten und dem klagenden Geschäftsführer, oder liegt der vorerwähnte Beschluß vor, so vermag der Einwand des Beklagten eine Wirkung nur zu äußern, wenn ein wichtiger Grund für den Widerruf der Ermächtigung vorliegt. Ein solcher Grund wird aber in der Einziehung der Beiträge nur dann zu erblicken sein, wenn diese in einer dem Gesellschaftsverhältnis abträglichen oder den berechtigten Interessen des Beklagten zuwiderlaufenden Art und Weise vorgenommen wird.

84) vergl. Lehmann aaO. § 175 B,1.

Im übrigen ist jedoch der Umstand, daß der Geschäftsführer die Beitragsforderungen für die Gesellschaft geltend macht und nach der von ihm gewählten Reihenfolge nun auch den Beklagten in Anspruch nimmt, nicht im geringsten geeignet, die Entziehung der Vertretungsmacht zu rechtfertigen. Der hierauf gestützte Widerruf ist demzufolge unwirksam.

Ebensowenig kann sich der Beklagte dadurch helfen, daß er durch Herbeiführung eines entsprechenden Beschlusses dem Geschäftsführer nur die Ermächtigung zur Geltendmachung der Beitragsforderungen nachträglich wieder entzieht. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist ebenso wie ihre völlige Entziehung nur statthaft, wenn eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis gerechtfertigt sein würde, und letzteres ist schlechthin unzulässig [85]).

2. Ist die Geschäftsführung einem Nichtgesellschafter übertragen worden, so gelten für das Rechtsverhältnis zwischen diesem und den Gesellschaftsmitgliedern die Vorschriften über Auftrag (§§ 662 ff.), und seine Vertretungsbefugnis bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über Vollmacht (§§ 167 ff.). Jeder Gesellschafter hat demzufolge jederzeit das Recht, sowohl die Uebertragung der Geschäftsführung, wie auch die Erteilung der Vollmacht zu widerrufen. (§§ 671 Abs. 1, 168). Wenn also der beklagte Gesellschafter vorbringt, daß er die dem klagenden Geschäftsführer erteilte Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschaft oder zumindest zur Einziehung der Beiträge widerrufe, so würde er dadurch erreichen, daß der Geschäftsführer ihm gegenüber nicht mehr zur Geltendmachung der Beitragsforderungen berechtigt wäre. Diese Folge tritt jedoch nicht ein, wenn der Beklagte den Widerruf lediglich vornimmt, um der Beitragsklage der Gesellschaft zu entgehen. Der Geschäftsführer ist von allen Gesellschaftern, mithin auch vom Beklagten, beauftragt und ermächtigt worden, die Angelegenheiten der Gesellschaft wahrzunehmen. Er kommt also durch die Einziehung der Beiträge lediglich einer Pflicht nach, die ihm von allen Gesellschaftern auferlegt worden ist und dient mit der Erfüllung dieser Pflicht den Belangen aller Gesellschaftsmitglieder und der Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses schlechthin. Wenn nun der Beklagte den Umstand, daß der Geschäftsführer ihn pflichtgemäß auf Beitrags-

85) vergl. Lehmann aaO. § 175 A, II, 3; RG. Warn. 1913 Nr. 51.

leistung in Anspruch nimmt, dazu benutzt, um ihm die Vertretungsmacht hierzu zu entziehen, so handelt er damit dem Sinn und Zweck des Auftrags- und Vollmachtsverhältnisses in einer für den Bestand der Gesellschaft gefährlichen Art und Weise zuwider. Sein Verhalten verstößt demzufolge gegen Treu und Glauben, sodaß seinem Widerruf der Einwand der allgemeinen Arglist (exceptio doli generalis) entgegensteht.

Die Befürchtung, daß der Beklagte die Verweigerung der Einrede des nichterfüllten Vertrages durch einen Widerruf der Ermächtigung des Geschäftsführers gegenstandslos machen könne, ist somit unbegründet. Es besteht daher auch aus praktischen Gesichtspunkten heraus kein Anlaß, von unserer Feststellung, daß gegenüber der Beitragsforderung des Geschäftsführers die Einrede unzulässig ist, abzugehen.

Wohlgemerkt, dieser Geschäftsführer muß aber auch in dieser Eigenschaft, also als Vertreter der Gesellschaft selbst, tätig werden, nicht etwa lediglich in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter. Dabei ist es andererseits belanglos, ob der Geschäftsführer ein beliebiger Dritter, oder ob er selbst auch Mitglied der Gesellschaft ist, und ob er, falls letzteres zutrifft, den ihm obliegenden Beitrag schon geleistet hat. In keinem Fall kann dem Beklagten die Einrede, daß andere Genossen ebenfalls noch nicht geleistet haben, zugestanden werden.

Wir fassen also abschließend zusammen: Macht die Gesellschaft von sich aus durch ihren Geschäftsführer die Beitragsforderung geltend, so kann der in Anspruch genommene Gesellschafter sich nicht einredeweise auf die Rückständigkeit seiner Mitgesellschafter berufen und den von ihm verlangten Beitrag bis zur Bewirkung der seinen Mitgesellschaftern obliegenden Beitragsleistungen zurückhalten.

IV. Kapitel.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages bei den im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses entstehenden Nebenpflichten der Gesellschafter und ihre Zulässigkeit gegenüber der Gewinnforderung und der Verlusttragungspflicht.

Die Hauptverpflichtung jedes Genossen besteht in der Leistung der vereinbarten Gesellschaftsbeiträge. Damit ist aber sein

Pflichtenkreis nicht notwendig erschöpft. Vielmehr können ihm außer dieser noch andere Verpflichtungen obliegen, die im folgenden allgemein als „Nebenpflichten" bezeichnet werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Verpflichtungen zur Auskunftserteilung, zur Gestattung der Einsicht in die Geschäftsbücher der Gesellschaft, zur Rechnungslegung und zur Herausgabe des durch die Geschäftsführung erlangten Gesellschaftsvermögens.

Kann nun ein Gesellschafter, der auf die Erfüllung einer dieser Nebenpflichten belangt wird, sich gemäß § 320 BGB. einredeweise darauf berufen, daß ein anderer Gesellschafter ebenfalls mit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung rückständig sei, kann ferner der auf Beitragsleistung in Anspruch genommene Genosse die Einrede des § 320 BGB. auf die Säumigkeit eines seiner Mitgesellschafter hinsichtlich dieser Nebenpflichten stützen und umgekehrt?

Alle diese Nebenpflichten entspringen nicht unmittelbar und allein aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern jede verlangt zu ihrer Entstehung noch das Hinzutreten eines neuen Tatbestandsmerkmals [86]). Dieses Tatbestandsmerkmal ist die Ausübung der Geschäftsführung, bei der Pflicht zur Herausgabe von Gesellschaftsvermögen überdies die Tatsache, daß solches von dem betreffenden Gesellschafter erworben worden ist. Hieraus ergibt sich der grundlegende Unterschied zwischen den Beitragspflichten und den Nebenpflichten. Erstere beruhen unmittelbar und allein auf dem Gesellschaftsvertrag, das Gesellschaftsverhältnis als solches legt den Genossen diese Verpflichtung auf, letztere entstehen erst während der Dauer der Gesellschaft durch das Auftreten eines neuen Momentes. Diese Feststellung läßt uns die Frage, ob ein auf Leistung des Gesellschaftsbeitrags verklagter Gesellschafter sich einredeweise darauf berufen kann, daß andere Mitgesellschafter noch mit der Erfüllung einer Nebenpflicht säumig sind, verneinend beantworten. Da hier Forderung und Gegenforderung nicht in einem synallagmatischem Verhältnis stehen, entfällt vonvornherein die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Dagegen wird sich der Beklagte in solchen Fällen meist mit dem Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. helfen können. Der Anspruch des Klägers und der Gegenanspruch des Beklagten

86) vergl. Riccius aaO. S. 31.

beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis, und der letztere Anspruch ist fällig. Das Zurückbehaltungsrecht steht auch mit dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses durchaus im Einklang. Jeder Gesellschafter hat naturgemäß ein berechtigtes Interesse daran, von dem Stand der Gesellschaftsgeschäfte und des Gesellschaftsvermögens fortlaufend unterrichtet zu sein. Das Gesetz gibt ihm deshalb durch die Vorschrift des § 716 Abs. 1 auch ausdrücklich das Recht, von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich Kenntnis zu nehmen. Das gilt unter der in § 716 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzung selbst dann, wenn eine entgegenstehende Vereinbarung getroffen ist. Wird einem Gesellschafter die Ausübung dieses Kontrollrechts verweigert oder erschwert, so kann es ihm nicht zugemutet werden, trotzdem seinen Beitrag zu leisten, denn dann kann er sich keine Klarheit darüber verschaffen, ob seine Leistung auch bestimmungs- und ordnungsgemäß zur Förderung des Gesellschaftszweckes verwendet wird. Man wird ihm deshalb das Recht, seine Leistung zurückzuhalten, zubilligen müssen. Daraus folgt, daß das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 durch den Inhalt des Schuldverhältnisses nicht ausgeschlossen wird. Seine Geltendmachung hängt somit nur noch davon ab, ob Anspruch und Gegenanspruch auch zwischen denselben Personen bestehen. Diese Voraussetzung ist dann gegeben, wenn gerade der Kläger es ist, der dem Beklagten die Erfüllung einer der vorgenannten Nebenpflichten schuldet. In einem solchen Fall steht also einer Zurückbehaltung gemäß § 273 nichts im Wege. Beruft sich der Beklagte dagegen darauf, daß ein anderer Gesellschafter als der Kläger noch mit der Erfüllung einer Nebenpflicht säumig sei, so fehlt es an der Gegenseitigkeit zwischen Anspruch und Gegenanspruch im Sinne von § 273, sodaß ihm auch das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 nicht zusteht. Aber auch hier ist der Beklagte nicht immer schutzlos, da ihn die Verletzung seines Kontrollrechts u. U. zur fristlosen Kündigung gemäß § 723 Abs. 1, Satz 2 berechtigen wird; denn im Hinblick auf die Wichtigkeit dieses Rechts wird in seiner Verletzung oder Beschneidung regelmäßig ein die fristlose Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund im Sinne von § 723 Abs. 1, Satz 2 zu erblicken sein. Die Folge der Kündigung wäre dann die Auflösung der Gesellschaft oder, falls dies vorgesehen, das Ausscheiden des kündigenden Genossen (§ 736), und damit wird diesem, wenn er wirklich ein begründetes Mißtrauen an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung

hat, oft besser gedient sein, als mit einer bloßen Zurückhaltung seines Beitrags.

Im Verhältnis der Nebenpflichten untereinander kann die Einrede des nichterfüllten Vertrages ebenfalls keine Anwendung finden. Wie bereits gesagt, entspringen diese Pflichten aus der Geschäftsführung. Wenn also ein Gesellschafter einen anderen auf Auskunftserteilung, Gestattung der Einsicht in Bücher oder auf Rechnungslegung in Anspruch nimmt, so gründet sich diese Forderung darauf, daß der in Anspruch genommene Genosse die Geschäfte der Gesellschaft führt. Wendet nun letzterer ein, der Kläger oder ein dritter Mitgesellschafter verweigerten ihm, dem Beklagten, die Einsicht in Bücher oder eine Auskunft, so macht er damit eine Forderung geltend, die auf der Tatsache beruht, daß der Kläger oder der Dritte gleichfalls die Geschäfte der Gesellschaft führen oder geführt haben. Nun beruht aber die Geschäftsführung jedes einzelnen Genossen auf einem besonderen Rechtsverhältnis, und damit hat die Verpflichtung eines jeden Geschäftsführers einen besonderen Rechtsgrund. Mit anderen Worten, soviel Geschäftsführer vorhanden sind, soviel voneinander verschiedene Verpflichtungsgründe liegen vor. Es fehlt also das synallagmatische Verhältnis zwischen Forderung und Gegenforderung. — Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 steht jedoch dem Beklagten auch hier zu, vorausgesetzt, daß Anspruch und Gegenanspruch zwischen denselben Personen bestehen.

Der Anspruch auf einen Gewinnanteil und die Pflicht den Verlust zu tragen sind ebenfalls von den Beitragspflichten grundverschieden. Letztere beruhen unmittelbar und allein auf dem Gesellschaftsvertrag. Die Entwicklung der Gesellschaft ist ohne Einfluß auf sie. Jeder Gesellschafter muß daher während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses die vereinbarten Beiträge fortlaufend bewirken. Anders steht es jedoch mit der Verpflichtung zur Verlusttragung und der Gewinnforderung. Für sie ist nicht einzig und allein der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Vielmehr entstehen sie erst dann, wenn die Tatsache hinzutritt, daß die Gesellschaft mit Gewinn oder Verlust gearbeitet hat. Schon hieraus ergibt sich, daß wir die Sätze über die Einrede des nichterfüllten Vertrages, die wir bei den Beitragspflichten aufgestellt haben, nicht auf die Gewinn- und Verlustzuteilung übernehmen können. Für diese Rechte und Pflichten gilt vielmehr folgendes:

Verlangt bei einer Gesellschaft von längerer Dauer (§ 721 Abs. 2) ein Gesellschafter den auf ihn entfallenden Gewinnanteil aus dem vergangenen Geschäftsjahr, so steht der Gesellschaft die Einrede aus § 320 nicht deshalb zu, weil der Kläger mit seiner Beitragsleistung noch im Rückstande ist. Kläger und Beklagte sind zwar wechselseitig Gläubiger und Schuldner der sich gegenüberstehenden Forderungen. Forderung und Gegenforderung stehen jedoch in keinem synallagmatischen Verhältnis. Dasselbe gilt naturgemäß für den umgekehrten Fall, daß die Gesellschaft auf Beitragsleistung klagt und der beklagte Gesellschafter gegenüber dieser Forderung gemäß § 320 einwenden wollte, die Gesellschaft habe ihm den Gewinnanteil noch nicht ausgehändigt.

In diesen Fällen gibt es jedoch andere Rechtsbehelfe, die die Einrede des nichterfüllten Vertrages entbehrlich machen, nämlich die Aufrechnung (§ 387) und das Zurückbehaltungsrecht aus § 273. Gläubigerin der Beitragsleistung des beklagten Genossen ist die Gesellschaft, und diese ist wiederum Schuldnerin seines Gewinnanspruchs. Der Schuldner der einen Forderung ist also gleichzeitig Gläubiger der anderen. Ferner sind beide Forderungen fällig. Das letzte Erfordernis für eine Aufrechnung, nämlich die Gleichartigkeit der beiden Leistungen, kann allerdings fehlen, so vor allem dann, wenn der Gesellschafter Dienste oder andere Sachen als Geld beizutragen hat. Sind aber die beiden Leistungen gleichartig, dann steht einer Aufrechnung nichts im Wege. Ist diese mangels Gleichartigkeit nicht möglich, dann greift das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 ergänzend ein. Der Schuldner hat einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, und dasselbe rechtliche Verhältnis bildet der Gesellschaftsvertrag. Da ferner das Zurückbehaltungsrecht weder dem Zweck des Gesellschaftsverhältnisses noch der mutmaßlichen Absicht der Vertragsparteien widerspricht, sich also „aus dem Schuldverhältnis ein anderes nicht ergibt", sind alle Voraussetzungen für die Geltendmachung dieses Rechts vorhanden.

Stellt sich nach Auflösung der Gesellschaft heraus, daß diese mit Verlust gearbeitet hat, so haben die Genossen den Verlust anteilsmäßig zu tragen. Gegenüber dieser Verpflichtung steht dem Gesellschafter die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht deshalb zu, weil die Gesellschaft ihm noch nicht den Gewinn aus einem früheren Geschäftsjahr zugeteilt hat. Die Forderung der

Gesellschaft beruht auf einem Rechnungsabschluß, der ein Minus, die des beklagten Gesellschafters auf einem anderen Abschluß, der ein Plus aufweist. Es fehlt somit wieder das synallagmatische Verhältnis zwischen Forderung und Gegenforderung. Die Möglichkeit einer Aufrechnung oder Zurückbehaltung seiner Leistung gemäß § 273 bleibt aber auch hier dem Beklagten unbenommen.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß das die Einrede des nichterfüllten Vertrages rechtfertigende gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis nur bei den unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Leistungspflichten der Gesellschafter untereinander besteht, nicht auch bei den sich im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses entwickelnden Sonderpflichten und -rechten der Genossen. Auf die Nichterfüllung dieser Pflichten kann daher die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht gestützt werden. (Zustimmend die herrschende Meinung, so insbesondere Oertmann [87]), Planck [88]) und — mit eingehender Darstellung — Oebike [89]) sowie die Rechtsprechung des Reichsgerichts [90]).

Damit sind wir am Ende unserer Betrachtung angelangt. Ihr Ergebnis besteht zusammenfassend in folgendem: Die Gesellschaft des BGB. ist ein gegenseitiger Vertrag. Demzufolge hat auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages grundsätzlich auf alle Verpflichtungen Anwendung zu finden, die unmittelbar aus diesem Vertrage entspringen, und das sind die Verpflichtungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes, insbesondere zur Leistung der vereinbarten Beiträge. Alle anderen aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehenden sogenannten Nebenpflichten scheiden aus, da sie nicht unmittelbar und allein auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen.

Dem Gesellschafter steht also die Einrede nur gegenüber der Beitragsforderung zu, wobei ihre Anwendbarkeit wiederum auf den Fall beschränkt ist, daß diese Forderung im Wege der actio pro socio geltend gemacht wird. Umfaßt die Gesellschaft nur zwei Personen oder ist bei einer aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft der Kläger selbst mit der Beitragsleistung säumig, dann gelten für die Auswirkungen der Einrede die allge-

87) aaO. Anmerkung 4 c zu § 705.
88) aaO. Vorbemerkung IV zu Titel 14.
89) aaO. S. 38 bis 46.
90) vergl. RGZ. 26, 257; 78, 303; 100, 3.

meinen Bestimmungen (§§ 322 Abs. 1, 274 Abs. 2 BGB.). Hat jedoch bei der letztgenannten Gesellschaft der Kläger bereits erfüllt oder ist er erfüllungsbereit, dann erfahren ihre Wirkungen die obenbezeichneten Abänderungen.

Dagegen steht gegenüber der Beitragsklage der Gesellschaft dem in Anspruch genommenen Genossen die Einrede, daß andere Mitglieder gleichfalls mit der Beitragsleistung im Rückstand sind, nicht zu. In diesem Falle entsprechen das Wesen und die Wirkungen der Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht den Besonderheiten der Gesellschaft, sodaß sie nicht zur Anwendung gelangen kann.

Lebenslauf.

Am 14. Mai 1910 wurde ich, Joachim Robert Haake, in Kassel als Sohn des derzeitigen Oberpostinspektors i. R. Robert Haake und seiner Ehefrau Hertha, geb. Börner, geboren. Ich besuchte die städtische Oberrealschule in Hirschberg i. Schlesien, an der ich Ostern 1928 die Reifeprüfung bestand. Anschließend wandte ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und war an den Universitäten Jena, Breslau und Halle immatrikuliert. Während meiner Studienzeit nahm ich an Vorlesungen und Uebungen der Herren Professoren Dr. Dr. Boehmer, Bräuer, Bruck, H. A. Fischer, Fleischmann, Gretener, Hedemann, Hein, Helfritz, Hesse, Nagler, Ruth, Rudolf Schmidt, Schmidt-Rimpler, Schott, Süß und Wegner teil. Am 7. November 1932 legte ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht Naumburg a. Saale die erste juristische Staatsprüfung ab und wurde daraufhin zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Breslau ernannt. Am 8. November 1934 bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg die Doktorprüfung.

Zum Schluß ist es mir eine angenehme Pflicht, Herrn Professor Dr. Rudolf Schmidt zu danken, der mir die Anregung für das Thema meiner Dissertation gegeben und mir auch bei der Anfertigung der Arbeit stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat.